

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة
تصدرها
كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

العدد الاول ٢٠٠٢

الناشر
دار الجامعة الجديدة
٣٨ش سوتير - الأزاريطة
تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية الإقتصادية

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

الناشر
دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية
تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكي عبد المتعال - مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطي الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفي السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادي	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حسين فهمي	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. علي صادق أبو هيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفي كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. علي محمد البارودي	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال علي العدوي	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفي الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكي أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣
أ.د. محمد السعيد الدقاق	١٩٩٤ - ١٩٩٨
أ.د. مصطفي سلامة حسين	١٩٩٨ - ٢٠٠١

المعلوماتية والأوراق التجارية

(الكمبيالة كنموذج)

دكتور

محمد السيد الفقي

مدرس القانون التجاري والبحري

كلية الحقوق - بجامعتي الإسكندرية وبيروت العربية

الفهرس

صفحة

المبحث الأول : المعلوماتية والأوراق التجارية الكمبيالة كنموذج	١
المبحث الثانى : التعسف فى استعمال الحق الإجرائى	١٠٣
المبحث الثالث : العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى الناتج الحقيقى فى مصر	١٦٥
المبحث الرابع : رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر	٢٠٩
المبحث الخامس : نظام الجات لمكافحة الإغراق غير المشروع بالسلع الاجنبية	٢٢٧
مكافحة غسيل الأموال	٢٧١
Recent developments and challenges of the Protection of intellectual property rights under the Thips Agreement.	٤٣٥

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

منذ أن خلق الله سبحانه وتعالى الانسان وميزه من بين كائنات الأرض الأخرى بالعقل والفكر، لم يكف هذا المخلوق البشري عن التفكير والتدبر والبحث. فبعد أن عاش العالم قديماً ولفترة طويلة عصر المجتمع الزراعي ظهر القرن التاسع عشر يحمل بين جنباته بوادر ثورة صناعية كبرى سرعان ما حطت بأقدامها أرض الواقع على نحو تغير معه وجه العالم بكافة معالمه. فكان أن استخدم البخار والكهرباء في الصناعة، وصارت المركبات الهوائية حقيقة ملموسة، إلى غير ذلك من التطورات الاقتصادية التي واكبت القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين.

ولم تكد المجتمعات الحديثة تستوعب تلك المتغيرات والمستحدثات حتى انفجرت مع مطلع النصف الثاني من القرن العشرين ثورة جديدة ذات طابع خاص عرفت بالثورة المعلوماتية[1] La révolution informatique.. فما من شك أن ما

---

[1] والمعلوماتية تعني المعالجة الآلية للمعلومات أو تكنولوجيا وعلم المعلومات. ويعني هذا اللفظ بالفرنسية informatique، وهو يتكون من الأحرف الأولى لكلمتي information (معلومات) وAutomatique (آلي). ويقابلـه بالانجليزيـة informatic والذي يتكون من كلمتين أيضاً هما information وAutomatic . وكان أول من استعمل هذا المصطلح عام ١٩٦٢ هو الفقيه الفرنسي Ph. Dreyfus في وصفه للمعالجة الآلية للمعلومة، ثم نال قبول الأكاديمية الفرنسية عام ١٩٦٦. ومنذ ذلك الوقت صارت المعلوماتية مصطلحاً دارجاً في المعاجم والموسوعات. فعرفها قاموس Le Robert في ملحق له منذ عام ١٩٧٠ بأنها: "مجموعة التقنيات المتعلقة بالمعلومة وبنقلها وبشكل خاص بمعالجتها الآلية عبر الالكترونيك". كما عرفها قاموس La Rousse بأنها: "علم المعالجة الآلية والعقلانية للمعلومة كمرتكز للمعارف والاتصالات". أما الموسوعة الفرنسية Axis-Hachette فذهبت في تعريفها للمعلوماتية بأنها: "مجموعة الطرق والتقنيات المطبقة في المعالجة الآلية للمعلومة".

أظهرته النتائج المذهلة في مجال المعلومات والتقنيات المرتبطة بها يعد بمثابة إعلان واضح لنهاية المجتمع الصناعي وولادة مجتمع جديد هو مجتمع المعلومات والاتصالات société d'information، والذي أضحت فيه المعلومة مصدراً أساسياً واستراتيجياً [١] . وقد شهد هذا المجتمع تزاوجاً [٢] ناجحاً بين تكنولوجيا المعلوماتية وأدوات الاتصال السلكية واللاسلكية أثمر عن وليد سمي بالانترنت أو شبكة الشبكات [٣].

وتعود شبكة الانترنت في نشأتها إلى سنوات الستينات نتيجة تلاحم شبكتي اتصالات أمريكيتين مستقلتين إحداهما تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية والأخرى تابعة للجامعات الأمريكية. ففي عام ١٩٦٤ طلبت وزارة الدفاع الأمريكية من وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة (ARPA) [٤] بناء شبكة اتصالات تضم مجموعة من أجهزة الحاسبات الآلية [٥] تستطيع، في حالة تعرضها لكارثة تدمير أو هجوم

---

(١) Elise Daragon, Etude sur le statut juridique de L'information, D. 1998, p. 63.

(٢) وقد أشار البعض إلى لفظ التزاوج بالفرنسية بكلمة (Mariage):

André Lucas, Le droit de l'informatique, Thémis, France, 1987 No. 384, p. 63.

بينما يطلق عليه البعض الآخر لفظ (couplage):

Yves. Poullet, L'informatique: Des défis pour le juriste, Reflets et perspectives de la vie économique, Tome XXV 1986.4. p. 286.

(٣) ويقدر البعض عدد مستعملي الشبكة عام ٢٠٠٣ بأكثر من نصف بليون شخص.

Marie-Jeanne CAMPANA, De l''influence des technologies modernes, Rapport introductif, Revue de Jurisprudence commerciale, Janvier 2001, p. 9.

(٤) Advanced Research Project Agency وهي وكالة متخصصة في تكنولوجيا المعلوماتية تم انشاؤها عام ١٩٥٧، ثم أصبحت تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية وصار اسمها فيما بعد (Defense Advanced Research Project Agency) DARPA لتكون بمثابة مركز أبحاث عسكرية وعلمية.

(٥) عادة ما يشار إلى الحاسب الآلي بلفظ كمبيوتر وترجمته بالانجليزية computer وبالفرنسية ordinateur. كما درج البعض على الاشارة اليه بكلمة Quincaillerie باعتبار أن هذا المصطلح ترجمة حرفية للمصطلح الانجليزي الشائع للدلالة على الحاسب الالكتروني Hardware.

Nelly BIANQUET, La protection des programmes d'ordinateurs, memoire pour le diplôme des Etudes supérieures spécialisées du droit de la propriété industrielle (Paris II), October 1979, No 10, p. 6.

نووي، الاستمرار في العمل لضمان ارسال التعليمات إلى مركز التحكم في قواعد إطلاق الصواريخ. وبعد سنوات قليلة عكف الخبراء والمتخصصون خلالها على البحث والدراسة أنشئت عـــام ١٩٦٩ شبكـــة تجريبيـــة عرفت باســـم أربانت ARPANET نسبة إلى الوكالة التي قامت ببنائها [١]. وفي عام ١٩٧٠ إرتبطت هذه الشبكة بمجموعة من الشبكات التابعة للجامعات الأمريكية [٢] الأمر الذي استدعى وجود لغة معلوماتية موحدة تسمح للحاسبات الآلية المتصلة بهذه الشبكات، والتي تعمل بلغات مختلفة، بالاتصال فيما بينها. فكـــان ان استخـــدم لهـــذا الغرض بروتوكول X25 في نهاية عام ١٩٧٠ ثم حل محله بروتوكول TCP/I [٣] عام ١٩٨٣.

مشار اليه في د. حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٧، ص ٥.

ومن المصطلحات العربية الشائعة المقابلة للفظ الكمبيوتر الحاسب الالكتروني، العقل الالكتروني، الدماغ الالكتروني، المنظم، المنظم الآلي، .... الخ.

وقد عرفت لجنة مصطلحات المعلوماتية La commission de terminologie de L'informatique في قرارها الصادر بتاريخ ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨١ مصطلح الحاسب أو الكمبيوتر بأنه: "جهاز معلوماتي للمعالجة الآلية للبيانات يضم الأعضاء الضرورية لعمله المستقل (وجدير بالاشارة أن اللجنة المذكورة هدفها في فرنسا صون اللغة الفرنسية وحمايتها وكذلك حماية المستهلكين. كما أن التعريفات التي تضعها غير ملزمة).

[١] وكانت هذه الشبكة عند إنشائها تربط أربع حاسبات آلية ضخمة فيما بينها. وقد ألغيت شبكة ARPANET عام ١٩٩٠ لتحل محلها شبكة أخرى تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية هي شبكة DND .

[٢] مثل جامعة كاليفورنيا، وجامعة سانت باربارا، وجامعة يوتـــــاه، ومعهـــد استانفورد Stanford الدولي للأبحاث.

[٣] ويرجع أصل هذه التسمية إلى بروتوكولين مستقلين هما بروتوكول التحكم في النقل Transfer control Protocol أو Protocole de contrôle de transmission وكذلك بروتوكول انترنت internet Protocol أو Protocole internet . راجع في شرح هذه البروتوكولات طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، المنشورات الحقوقية ، صادر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٤٤.

هذا وقد شهد عام ١٩٨٤ الميلاد الرسمي لشبكة الانترنت عندما تم ربط أربع شبكات إتصال رئيسية بعضها بالبعض الآخر وهي شبكات ARPANETو USENETو BITNET و CSN . ثم انضمت إلى تلك الشبكات شبكة NSF NET والتي أنشأتها "المؤسسة الوطنية للعلوم"[1] في الولايات المتحدة الأمريكية عام١٩٨٥. ومنذ ذلك الحين وشبكة الانترنت آخذة في النمو والتطور بحيث لم تعد الاستفادة من خدماتها[2] مقصورة فقط على المؤسسات العامة

---

(١) National Science foundation (NSF).

(٢) ومن أهم الخدمات التي تقدمها شبكة الانترنت وأكثرها انتشاراً البريـــد الالكتروني (-Electronic mail أو E-mail) (courrier électronique –Messagerie électronique). وتعني هذه الخدمة تبادل الرسائل الالكترونية فيما بين مستخدم للشبكة وآخر. أما إذا كانت الرسالة ذاتها موجهة إلى عدد غير محدد من المشتركين فيطلق على الخدمة عندئذ: "اللوائح أو القوائم البريدية"Listes de diffusion أو Mailing Lists . وتمثل خدمة البريد الالكتروني أحد الأسباب الرئيسية لمحاولة العديد من المستخدمين الاتصال بالانترنت إلى حد أن هؤلاء كانوا في البداية عندما يفكرون في شبكة الانترنت لا يأتي في ذهنهم غير البريد الالكتروني. وجدير بالاشارة أنه يمكن إرسال حوالي أربعة آلاف رسالة في الثانية على الانترنت Olivier Hance, Business and droit d'internet, p. 40 - 41 .

وإلى جانب البريد الالكتروني توجد خدمة الويب www أو World wide web . وترجع نشأة نظام الويب إلى عام ١٩٨٩ في سويسرا بالمركز الأوروبي للأبحاث النوويـــةcern حيث قام الانجليزي Tim Berners Lee بتصميم برنامج يرتكز على فكرة تخزين معلومات مع إمكانية إقامة صلات مباشرة فيما بينها على غرار ما يحدثه نسيج الشبكة التي يصنعها العنكبوت. وقد أصبح هذا البرنامج في حكم الواقع عام ١٩٩٣ من خلال برنامج التصفح Mosaic ثم تم نشره وتعميمه بدءاً من عام ١٩٩٤ من جانب شركة Netscape الأمريكية. أيضاً يتدرج ضمن خدمات الانترنت بروتوكولات نقل الملفات عن بعد File Transfer Protocols، وأشهـــر هـــذه البروتوكولات FTP ، وTelnet ، وGopher ، و Wais. كما يقدم الانترنت أيضاً منتديات المناقشة والمجموعات الإختيارية New groups - forums de discussion.

والجامعات ومراكز البحوث، بل دخل في زمرة المستفيدين منها أيضاً الأفراد والشركات التجارية والمؤسسات الخاصة [1].

ومما لا شك فيه أن الثورة المعلوماتية قد استحدثت لغة جديدة مشتركة[2] صارت هي وسيلة التفاهم الرئيسية بين أفراد المجتمع المعلوماتي. فيستطيع الشخص متى كان ملماً بقواعد ومصطلحات هذه اللغة أن يقيم حواراً أو يبرم تصرفات مع قرنائه في شتى أقطار العالم بغض النظر عن جنسيتهم أو اللغة الأم التي يتحدثون بها. ولم يكن حاجز اللغة هو فقط الذي أزالته ثورة المعلومات والاتصالات، بل هدمت أيضاً الحدود السياسية والجغرافية بين مختلف الأقطار لينشأ ما يمكن أن نطلق عليه، إن جاز التعبير، الوطن المعلوماتي، ذلك الوطن الذي ليس له وجود مادي أو حدود سياسية، وإنما هو موجود في الفضاء الالكتروني المترامي الأطراف حول العالم.

ورغم اتفاق الآراء على أن ثورة المعلومات والاتصالات قد فاقت كل التوقعات إلا أنها تباينت في وصفها. فالبعض[3] يراها ثورة أكثر تطوراً وعمقاً من ثورة اكتشاف العملة الكتابية أو ظهور حروف الهجاء أو اختراع الطباعة. والبعض

---

(1) بلغ عدد الحاسبات الآلية المتصلة بشبكة الانترنت عام ١٩٨١ حوالي ٣٠٠،٠٠٠ حاسب آلي زاد إلى أكثر من مليون عام ١٩٩٣ وأكثر من ١٢ مليون عام ١٩٩٦. ومع بداية عام ٢٠٠٠ بلغ العدد ١٥٠ مليون حاسب آلي، ووصل إلى حوالي ٢٠٠ مليون في عام ٢٠٠٢، راجع الاحصاءات التي تجريها شركة Network wizard حول نمو واتساع شبكة الانترنت في الموقع الالكتروني التالي:
<http://www.nw.com>

(2) Catherine MALECKI, Regards sur le Formalisme cambiaire à L'heure de la signature électronique, JCP-La semaine juridique entreprise et affaires, No 51-52, décembre 2000, p. 2041.

(3) Philippe Quéau, inforoutes et société, Doc. Ass. Nat. et sénat, n. 1980 et 232, 9 Mars 1995; Bensoussan (A.), Internet aspects juridique, Hermes, 1996, p. 15.

الآخر[١] يماثلها بثورة اكتشاف البخار أو ثورة الكهرباء.

وأياً كان الأمر، فما أن وطئت المعلوماتية أرض المعرفة إلا وسرعان ما بثت آثارها في جميع المجالات. فعلى الصعيد العملي، ومنذ بزوغ هذه الثورة نجد التقنيات الحديثة للمعلومات والاتصال تتغلغل في كثير من القطاعات كالقطاع المالي والمصرفي وقطاع التجارة على وجه الخصوص. وقد أدى هذا بطبيعة الحال إلى تحول جذري وشامل للأساليب والممارسات التي تستخدمها المؤسسات العاملة في تلك القطاعات. ومع اتساع آفاقها وآثارها يوماً بعد يوم تكون الثورة المعلوماتية قد ساهمت وبدرجة كبيرة في زيادة زخم التيار الجارف الذي شمل اقتصاديات العالم ونمط حياة مجتمعاتها والمعروف بتيار العولمة [٢].

وللمعلوماتية بالتأكيد تأثيرها الفعال على القانون بشتى فروعه[٣] . فمن المعلوم أن قوام نشأة القواعد القانونية في أي دولة هو تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع والعلاقات القائمة فيما بينهم. لذلك فمنذ إشراقة هذه التكنولوجيا بتطورها التقني الهائل ورجل القانون يسعى جاهداً وراء سد كل فراغ تشريعي أوجدته وراءها. يؤكد هذا ما حدث من تغييرات جوهرية في القانون الجزائي، وقانون العمل، والقانون الإداري. بيد أنه لا يخفى على أحد أن أكثر فروع القانون تأثراً بهذه التكنولوجيات هو القانون التجاري بمختلف أقسامه. ولعل خير شاهد على ذلك

---

(١) Gérard Théry, les autoroutes de L'information, La Documentation Française, Oct. 1994.

(٢) انظر في مظاهر تلك العولمة:

Marie-Jeanne CAMPANA, op. cit. p.9.

(٣) انظر في تأثير المعلوماتية على القانون الخاص:

J. HUET, La modification du droit sous L'influence de L'informatique: Aspects du droit privé, J.C.P. Éd. G. 1983. I. 3095.

وفي تأثيرها على القانون العام أنظر:

Herbert MAISH, La modification du droit sous L'informatique: des L'informatique: Aspects du droit public, J.C.P. Éd. F. 1983. I. 3101.

التعاقد عن بعد بواسطة شبكة الانترنت أو ما اصطلح على تسميته بعقود التجارة الالكترونية [1]. وتتميز هذه الأخيرة بأنها تجارة بلا حدود على نحو يمكن معه القول بأن التعاقد عبر الانترنت يتم مع عميل كوكبي clientèle planétaire. ويثير ذلك العديد من المشاكل أبرزها على وجه الخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية. كما تتميز عقود التجارة الالكترونية بطابع غير مادي الأمر الذي يطرح على بساط البحث مشكلة إثبات إلتزامات الأطراف[2] والذي يتم في ظل القانون الحالي عبر الكتابة [3].

وقد أرخت ثورة المعلوماتية والاتصالات بثقلها على نظرية الأعمال التجارية فكان أن تغير التقسيم التقليدي لهذه الأعمال. كما أصبحت المؤسسة التجارية تشتمل ضمن عناصرها الجوهرية على عنصر جديد ونعني به الموقع. أكثر من ذلك فقد شهدت الأموال التجارية ولادة نوع جديد أسماه البعض بالمال المعلوماتي [4].

---

[1] وطبقاً للدراسات الأمريكية فقد بلغت مبيعات المنتجات والخدمات على الانترنت حوالي ٢٢٥ مليار دولار عام ١٩٩٦، بزيادة قدرها ٥٠٠% عن عام ١٩٩٥، كما قدرت أعمال المشروعات الفرنسية عام ١٩٩٦ بحوالي ٥٠ مليار فرنك فرنسي:

Thierry Piette- coudol et André Bertcand, internet et la loi, 1997, p. 177.

[2] انظر حول هذه المسألة:

Pierre-Yves Gautier, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, J.C.P Éd. G., No 24 – 14 Juin 2000, p. 1113.

وأيضاً أ. د. محمد مرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، العدد ٤٨، ١٩٩٥، السنة ١٢ ص ٨٥ .

[3] انظر في المظاهر القانونية للتجارة الالكترونية:

Hervé Bouilhol. Les aspects Juridiques du commerce électronique, Banque and Droit No 60 – Juillet – août 1998, p. 16; olivier, internet et le droit, Aspects Juridiques du commerce électronique, Éd. 1996, p. 8.

[4] Michel VIVANT, A propos des «biens informationnels», J.C.P., Éd. G. 1984, I, No 3132.

ولم تكن البنوك بمعزل عن التأثير، بل يمكن القول أن أثر المعلوماتية على تطور القانون يبدو ملاحظاً في مجال البنوك عنه في أي مجال آخر. فقد ساهمت تكنولوجيا المعلومات بشكل جوهري في تجدد أساليب العمل المصرفي وآلياته. كما أدت إلى تعدد الخدمات البنكية وطرق اتصال العملاء ببنوكهم. فالبنوك تعتبر بمثابة تربة خصبة يسهل على المعلوماتية أن تحصد منها ثماراً كثيرة. وآية ذلك ما شهدته المصارف منذ فترة طويلة من إنشاء شبكات كمبيوتر داخلية وفيما بينها واستخدامها في العديد من الإجراءات والمعاملات البنكية. يضاف إلى ذلك الانفتاح على الجمهور من خلال المنافذ الآلية والهاتف المصرفي Phone Bank. ومن الأساليب الحديثة أيضاً الانترنت المصرفي، إذ اتجهت البنوك نحو التوسع في إنشاء مقار لها على الانترنت بحيث يستطيع العميل أن يصل من منزله أو مقر عمله إلى الفرع الالكتروني بطريقة سهلة وآمنة [1]. وأخيراً وليس آخراً فقد أصبحت أوامر التحويل المصرفية تتم الآن في بعض المصارف عبر نظام "خدمات المقاصة الالكترونية المصرفية" Bankers Automated clearing services LTD (BACS) [2].

ويتسع نطاق المعلوماتية المصرفية ليشمل معظم العمليات التي تقوم بها البنوك ومن بينها تلك الواردة على الأوراق التجارية لا سيما الكمبيالة والسند

---

(1) ومن بين الخدمات التي يقدمها البنك لعملائه على الانترنت، النشرات الإعلانية الالكترونية عن الخدمات المصرفية، ومراقبة أرصدتهم، وإدارة محافظهم المالية (من أسهم وسندات)، وتحويل الأموال بين حساباتهم المختلفة. وفي المستقبل القريب سيكون في مقدور عملاء البنك مقابلة موظفيه على شاشات الكمبيوتر والاستفسار منهم عما يدور في ذهنهم من أسئلة وطلب النصيحة. كما يجيز نظام الانترانت intranet للبنوك تقديم خدمات متنوعة لكافة المستخدمين وتسويق خدماتها المالية لا سيما في المناطق التي تفتقر إلى فروع مصارف محلية.

(2) وقد تأسست هذه الخدمة عام ١٩٦٠ ثم تم تطويرها بتطبيق نظام GIRO عام ١٩٦٧ ويتم من خلالها تحويل النقود من حسابات العملاء إلى حسابات أشخاص أو هيئات أخرى في أي فرع لأي مصرف في الدولة د. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، ١٩٩٩، ص ٦٠.

الإذني. فلما كانت هاتان الأخيرتان هما أفضل وسيلة لتحقيق الائتمان وكانت البنوك تضطلع بتوزيع الائتمان، فإن العمليات على الأوراق التجارية (كالخصم والقبول والتحصيل) لا تتم عادة في العمل إلا بواسطة البنوك. وقد زاد من أهمية تلك الوظيفة التطور التكنولوجي الحديث الذي أدى إلى تجريد أدوات الوفاء والائتمان من طابعها المادي détmatérialisation [١]. فلا شك أن إجراء التحويلات عن بعد يعد أمراً صعباً إن لم يكن مستحيلاً بدون وساطة البنك، وذلك في ظل الظروف المتعلقة بالنفقات ومدد التحويل وكذلك وسائل الأمان المعقولة [٢].

ويرجع استخدام تقنية المعلوماتية في معالجة الأوراق التجارية بفرنسا إلى عام ١٩٧٣ [٣]. فقبل هذا التاريخ كان العمل المصرفي يشهد لجوناً مفرطاً إلى استخدام الكمبيالات والسندات الإذنية نظراً للمميزات التي تقدمها لمستخدميها. لكن سرعان ما برزت المشكلة وتفاقمت مع تزايد عدد الكمبيالات على وجه الخصوص. فالكمبيالة ترتبط من حيث وجودها قانوناً بدعامة ورقية مكتوبة تحمل عدداً من البيانات حددها القانون. هذا الشكل الذي تتخذه الكمبيالة جعل منها أحد المجالات الهامة لطغيان الورقة [٤]. وقد ظهرت المساوئ الخطيرة لذلك الكم الهائل من الكمبيالات الورقية من خلال تعدد المراحل التي تمر بها الكمبيالة تدريجياً منذ

---

(١) ويعني مصطلح dématérialisation استبدال الدعامة المعلوماتية بالدعامة المادية للحق (الورقة المكتوبة).

Dictionnaire de droit, M. Fontaine, R. caralerie, J. A. Hassen forder, La DICOTHÈQUE FOUCHER, 2 e édition, 2000, p. 138.

(٢) Garance MATHIAS et Jean-Michel SAHUT, La Banque et Internet, Computer and Telecoms Law Review 1999/2 p. 10.

(٣) وبالتحديد في ٢ يوليو عام ١٩٧٣ وهو التاريخ الذي تم فيه لأول مرة تطبيق نظام الكمبيالة المقترنة بكشف.

Michel Jeantin, Paul Le Cannu, Droit commercial, Dalloz, 1999, p. 268

(٤) M. Vasseur, La lettre de change relevé, De L'influence de L'informatique sur le Droit, éditions Sirey, 1976, p. 1; RTD com. 1975, p. 200.

نشأتها بواسطة الساحب وتداولها فيما بين المظهرين والضامنين الاحتياطيين والبنك المحصل أو الخاصم والبنك محل الوفاء حتى وصولها إلى المسحوب عليه الذي يتلقاها كوسيلة لإثبات الوفاء. ولا شك أن تداول الكمبيالة يفرض القيام بسلسلة من المعالجات اليدوية مما يؤدي إلى تضخم حجم الأعمال الإدارية الملازمة لها[١] وما يستتبعه ذلك من كلفة مادية باهظة [٢]. وقد بدت المشكلة أكثر سوءاً مع الزيادة غير المباشرة لتكلفة الائتمان واحتمال تعرض نشاط البنوك لبعض الشلل [٣].

إزاء ما تقدم فقد شهدت الساحة المصرفية حركة سريـــة قادتها في البداية الجمعية المهنية للمصارف L'Association Professionelle des Banques بفرنسا والتي سعت جاهدة إلى إيجاد أداة ائتمان بديلة عن الأوراق التجارية بشكلها التقليدي، وذلك لتخفيف العبء الثقيل الذي سببه تنظيم وإدارة تلك الأوراق. كما كان هذا أيضاً هو أحد الأهداف التي نشأت لجنة جيلي Gilet في نوفمبر عام ١٩٦٦ من أجل تحقيقها. وفي سبتمبر عام ١٩٦٩ وبعد دراسات مستفيضة باشرتها لجنة فرعية منبثقة عن لجنة الدراسات التقنية وتوحيد البنوك تم التوصل إلى مشروع أداة جديدة عرفت باسم "الكمبيالة المقترنة بكشف Lettre de change-relevé [٤]، والتي كيفتها محكمة النقض الفرنسية بالكمبيالة المصرفية " effet

---

(١) وطبقاً لدراسة أجريت عام ١٩٧٦ فقد ثبت أن تلك الأعمال تستغرق حوالي ١٥% من الجهد البشـــري داخل المصارف.

Vasseur, op. cit. p. 2; Leclerq et Gérard, L'evolution du droit des effets de commerce sous L'influence de L'informatique, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1989, p. 153; Deschanel, lettre de change-relevé, J.Cl. Banque credit, Fasc. 440; courel, Devèze, Hirigoyen, Lamy Droit du Financement 1992, No 1804 et s.

(٢) هذا ويقدر البعض هذه الكلفة بحوالي ٤٠% من النفقات العامة للبنوك.

G. SUANT, Normalisation des effets de commerce et marquage magnétique, Banque, Septembre 1981, p. 16.

(٣) R. Jacqueline, La Place des effets de commerce et des effets financiers dans le système bancaire français, Banque, 1975, p. 937.

(٤) جدير بالاشارة أن نظام الكمبيالة المقترنة بكشف قد انتقل أيضاً إلى السند الإذني لينشأ ما يسمى بالسند الإذني المقترن بكشف billet à ordre-relevé.

"bancaire" [1] . وقد قدم المشروع إلى اللجنة الأصلية في سبتمبر عام ١٩٧١ ليتم التصديق عليه نهائياً في اكتوبر من ذات العام [٢].

وتدور الفكرة الرئيسية للكمبيالة المقترنة بكشف[٣] حول إرادة التزاوج بين الكمبيالة الورقية في شكلها التقليدي والسندات ذات الطبيعة المعلوماتية على نحو يسمح باستيفاء قيمة الكمبيالات فيما بين البنوك. ولا شك أن ميكنة الأوراق التجارية بوجه عام يوقف عملية تداولها بين البنوك الأمر الذي يستبعد عدداً من المعالجات اليدوية التي يتولد عنها مصاريف باهظة.

والأمر كذلك فالمشكلة تتعلق إذن بقانون الصرف وآثار إدخال المعلوماتية في تنظيم الأوراق التجارية. فهذه الأخيرة تتميز بشكلية معينة تمثل في الأساس جوهر نظامها القانوني [٤]. بعبارة أخرى فالدعامة الورقية التي تصدر فيها الكمبيالة لا يقف دورها عند مجرد اعتبارها أداة لاثبات علاقة قانونية، بل إن الأمر يتصل بركن شكلي لا ينهض بدونه الالتزام الصرفي الناشئ عن التوقيع على الكمبيالة، وبالتالي لا مجال للمشافهة في مثل هذا الالتزام [٥]. وينبني على ذلك أن الحق الصرفي للحامل في مواجهة الموقعين على الكمبيالة إنما يندمج في هذه الأخيرة وينتقل مادياً معها سواء بذاته أو مدعماً بالقبول أو الضمان الاحتياطي. وبدهي أن هذا الطابع المادي للكمبيالة لا يهيأها لأن تكون محلاً للنقل الالكتروني

---

(١) Cass. com. 30 Mai 1985, Bull. 1985. IV, No 172, D. 1986. I. R. 329.

(٢) R. JACQUELINE, La Lettre de change relevé, Banque, Mars 1972, p. 15.

(٣) وكذلك السند الإذني المقترن بكشف.

(٤) M. VIVANT, Le Fondement Juridique des obligations abstraits, D. 1978-ch. 39.

(٥) أ. د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، ٢٠٠٠، ص ٢٢، أ.د. فايز رضوان، الأوراق التجارية ٢٠٠٠ – ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ص ٢٣، نقض ٢٥ يونيو ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٢٩٢، نقض ٢٣ يناير ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً، الجزء الأول ص ٣٢٧.

الذي تتضاءل معه فرص تداولها [1]. خلاصة القول أنه إذا كانت القواعد التقليدية لقانون الصرف تستند إلى وجود دعامة ورقية، فإن المعلوماتية تعمل على إخفاء هذه الدعامة.

هذا وقد بلغت المعلوماتية المصرفية ذروتها في فرنسا، حيث تعتبر هذه الأخيرة في طليعة الدول الأوروبية التي يرتكز نشاط مصارفها على المعالجة الآلية للمعلومات [2]. وتطبيقاً لذلك ومنذ عام ١٩٨٧ فقد أصبح استخدام الكمبيوتر في معالجة الأوراق التجارية منهجاً[3] في المصارف الفرنسية [4]. فالأصل أن تتم

---

(١) J. Huet, la modification du droit sous L'influence de L'informatique: aspects du droit Privé, J.C.P. 1983-I-3095, No 39.

(٢) وجدير بالاشارة أن الكمبيالة المقترنة بكشف كان قد أجيز التعامل بها على سبيل التجريب لتسوية الصفقات العامة.

D. 7 Déc. 1987, A. 7 Déc. 1987, intr. 23 Déc. 1987 (J.O., 31 déc. 1987), instruction aux comptables du Trésor du 20 Janv. 1988.

أنظر: J. HUGON, «une petite révolution: Le paiement des marchés Public par L.C.R.», Rev. dr. bancaire 1988 p. 84.

(٣) Réponse ministérielle No 35100, J. O. Débats A.N., 2 Mai 1988, p. 1892.

مشار إليه في: Code de commerce Dalloz, 2003 p. 1326

(٤) من الملاحظ أن معلوماتية الأوراق التجارية تتقدم بسرعة في الوقت الحاضر. فعلى سبيل المثال بلغ عدد الكمبيالات المقترنة بكشف في عام ١٩٩١ حوالي ٨٨% بينما كانت الكمبيالات المتداولة حوالي ١٢%. Jean Devèze et Philippe Pétel, Droit commercial, instruments de paiement et de credit, montchrestien, 1992, p. 182. وفي عام ١٩٩٢ زادت نسبة الكمبيالات المقترنة بكشف لتصل إلى ٩٥،٧%، وفي عام ١٩٩٣ تم معالجة ٦،٠١ مليون كمبيالة ورقية تمثل في مجموعها ١٩٨،٠٨٠ مليار فرنك فرنسي في حين بلغ عدد الكمبيالات غير الورقية ١٣٢،٦٢ مليون كمبيالة تمثل ٢،٩٥٦ مليار فرنك فرنسي (Rapport CNC 1993. p. 466-465).

Jean-Louis Rives-Lange, Monique contamine-Raynaud, Droit bancaire, 6e edition, DALLOZ, DELTA, p. 326 note No 4 et p. 311 note No 2.

وطبقاً لإحصائية أخرى أجريت عام ١٩٨٩ لوحظ أن عدد الكمبيالات العادية التي تم استبدالها في غرفة المقاصة بفرنسا عام ١٩٨٥ قد بلغ حوالي ٨٣،٠٠٠،٠٠٠ كمبيالة، وفي عام ١٩٨٦ حوالي ٧٨،٠٠٠،٠٠٠ كمبيالة، وفي عام ١٩٨٧ حوالي ٦٩،٠٠٠،٠٠٠ . في المقابل فقد زاد عدد الكمبيالات

معالجة كافة الأوراق المقدمة إلى البنك آلياً ما لم تتجه إرادة أصحاب الشأن إلى العكس. وإذا رغب هؤلاء في أن تسلك الورقة طريقها الطبيعي لاستيفاء قيمتها وجب عليهم أن يضمنوها بياناً بهذا المعنى كأن يقال مثلاً "كمبيالة متداولة" Lettre de change circulant (L.C.C.) .

يبقى أن نؤكد على أن سلوك الطريق المعلوماتي في معالجة الأوراق التجارية ليس معناه هجر العمليات التقليدية تماماً، وإنما المقصود هو عدم الالتجاء إليها إلا في الحالات التي يكون فيها تطبيقها مفيد وفعال [1].

وتسيطر على مدار هذا البحث فكرة جوهرية مؤداها ضرورة الموائمة بين قواعد قانون الصرف التقليدية والمعلوماتية التي صارت في الوقت الحاضر كنسمات الهواء تتنفسها غالبية الأنشطة التجارية والنشاط المصرفي على وجه الخصوص. بتعبير آخر فقد بات محتماً التخلي ولو جزئياً عن نظرة التقديس التي كان قانون الصرف يُحيط بها الورقة قبل أن تغزو المعلوماتية مجال الأعمال التجارية. صحيح أن للورقة دوراً تؤديه كدعامة للحق الصرفي، لكنها في النهاية

المقترنة بكشف من ٥،٧ مليون في عام ١٩٧٧ إلى ١٠،٧ مليون عام ١٩٧٨ و١٨،١ مليون عام ١٩٨١، و٢٦،٧ مليون عام ١٩٨٣، و٤٠،١ مليون عام ١٩٨٥، و٤٨ مليون عام ١٩٨٦، و٦٠ مليون عام ١٩٨٧.

P. Leclerc et Y. Gérard, op. cit. p. 153; J. HUET et H. MAISL, Droit de L'informatique et Télécommunications, Litec, 1989.

(١) هذا ويكون استخدام الدعامة الورقية ضرورياً لحفظ الحق في الرجوع الصرفي والاحتفاظ ببعض الضمانات لاستيفاء قيمة الكمبيالة (القبول على وجه الخصوص).

Décision du comité français d'organisation et Normalisation bancaires du 20 octobre 1992, RTD com. 1993, 136, obs. Cabrillac et Teyssi;Actualité bancaire no 192, 26 avril-3 mai 1993.

ومع ذلك يرى البعض أن إرسال الأوراق التجارية لقبولها بواسطة المسحوب عليه لا يوكل إلى البنوك إلا في ٥% من الحالات فقط، كما أن إجراء الاحتجاج لعدم الوفاء لا يتم إلا بالنسبة لأقل من ١% من الأوراق غير المدفوعة.

Leclerc et Gérard, op. cit. p. 154.

مجرد دعامة للمعلومات يمكن استبدالها بدعامة أخرى ممغنطة. وترتيباً على ذلك إذا ما نشأت الكمبيالة على ورقة، فإن البيانات التي تتضمنها يمكن أن تتداول على شريط ممغنط.

وتطبيقاً لما تقدم يجري العمل على إنشاء كمبيالة ورقية يتم تحصيلها عن طريق المعلوماتية، ويطلق على هذا النوع من الكمبيالات "الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف" Lettre de change relevé-papier .

بل وقد تذهب الأمور إلى أبعد من ذلك على نحو تختفي معه تماماً الدعامة الورقية ويصير الباب مفتوحاً لإنشاء كمبيالات إلكترونية حيث تعد "الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف"Lettre de change relevé-magnétique النموذج الأمثل لها.

والتساؤل الذي يفرض نفسه هنا يدور حول ماهية الآثار التي يمكن أن تترتب على هذه الكمبيالات المقترنة بكشف بنوعيها، وكذلك النظام القانوني الذي تنتسب إليه كل منهما. هذا ما سوف نحاول الإجابة عليه من خلال تقسيم الموضوع إلى فصلين نعرض في أولهما الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، وفي ثانيهما الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف.

الفصل الأول

الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

La lettre de change-relevé-papier

(التزاوج بين المعلوماتية وقواعد قانون الصرف)

١ - تمهيد وتقسيم :

من المسلم به وفقاً للرأي الغالب في الفقه أن الكمبيالة في صورتها التقليدية هي عبارة عن ورقة تجارية تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب - Le tireur- إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه - Le tiré - بأن يدفع مبلغاً من النقود بمجرد الاطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين لإذن (أو لأمر) شخص ثالث هو المستفيد - Le béneficiaire .

ويترتب على توقيع الساحب على الكمبيالة نشوء إلتزام جديد في ذمته هو الالتزام الصرفي. وبوصفه إلتزاماً إرادياً فلا بد وأن تتوافر في هذا الأخير ذات الشروط الموضوعية لصحة الالتزامات الإرادية بوجه عام [١] . بيد أن الكمبيالة هي في المقام الأول ورقة شكلية، حيث تطلب المشرع أن تصدر في شكل خاص تتضح معالمه في عدد من البيانات الإلزامية حددها القانون فيها.

والكمبيالة كورقة تجارية قابلة للتداول عن طريق التظهير. وهي تعتبر، إلى جانب وظيفتها الاقتصادية كأداة للوفاء، أداة هامة للائتمان. لذا فهي تتضمن عادة أجلاً للاستحقاق. وهذا التأجيل في الوفاء يستلزم بلا شك تقديم بعض الضمانات إلى حامل الكمبيالة على نحو يجعله مطمئناً إلى الحصول على قيمتها في ميعاد

---

[١] راجع د. أمين بدر، الإلتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية، محاضرات بمعهد الدراسات العالمية، ١٩٥٥، فقرة ٢٩، د. مختار بريري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص ٣٢.

الاستحقاق. ويتم الوفاء بقيمة الكمبيالة وفقاً لقواعد خاصة خرج المشرع التجاري بها على القواعد العامة في الوفاء، وذلك دعماً للثقة والائتمان في الكمبيالة بوصفها أداة رئيسية وفعالة لتسوية الديون التجارية.

وأخيراً فالأصل أن وفاء المسحوب عليه فعلياً بالكمبيالة هو فقط الذي ينقضي به الدين الصرفي الثابت فيها انقضاء طبيعياً، ومن ثم تبرأ ذمة المدينين الموقعين عليها من إلتزامهم الصرفي بضمان الوفاء. لكن قد يحدث أن يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق لأي سبب من الأسباب، وعندئذ يثبت للحامل حق الرجوع على سائر الموقعين على الكمبيالة باعتبارهم ضامنين للوفاء بقيمتها في مواجهته على وجه التضامن.

وإذ كان ما تقدم فإن البحث يدور عن مدى تأثر القواعد السابقة بالمعلوماتية. فهل تظل الكمبيالة المعالجة آلياً محتفظة بولائها لقواعد قانون الصرف التقليدية أم أن المعلوماتية قد نالت من هذا الولاء، وإن كان فإلى أي مدى؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال دراسة نظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف والعمليات التي يمكن أن تكون محلاً لها. فنتحدث بداءة وعلى التوالي عن إنشاء هذه الكمبيالة (المبحث الأول) ثم حياتها (المبحث الثاني) ثم الوفاء بقيمتها (المبحث الثالث).

المبحث الأول

إنشاء الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

لا تختلف الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف كثيراً في مرحلة إنشائها عن الكمبيالة التقليدية، بل إن الأمر يتعلق في الواقع بانشاء كمبيالة حقيقية بمعنى الكلمة. صحيح أن ظاهر التسمية قد يؤدي بالبعض إلى الاعتقاد بوجود اختلاف مبدئي بين الكمبيالتين، لكن سرعان ما يتلاشى هذا الاعتقاد بعدما يتضح أن الكشف المشار إليه لا يظهر عند الإنشاء وإنما لحظة إرساله بواسطة بنك المسحوب عليه إلى هذا الأخير.

إذن فنحن بصدد كمبيالة ورقية تصدر بواسطة الساحب وقابلة للدفع في ميعاد الاستحقاق المبين فيها. وعليه يشترط لصحة الالتزام الصرفي الناشئ عن التوقيع عليها الرضاء بهذا التوقيع وأن يكون هذا الرضاء صحيحاً صادراً عن ذي أهلية غير مشوب بعيب من عيوب الإدارة. وإذا صدر الرضاء من شخص آخر غير الأصيل لزم أن تكون له سلطة التوقيع على الكمبيالة. كذلك يجب أن يكون لهذا الإلتزام الصرفي محل وسبب بذات الشروط المطلوبة في القواعد العامة.

وتتخذ الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ذات الشكل الصرفي للكمبيالة العادية، وبالتالي فيجب أن تتضمن ذات البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ من التقنين التجاري مثل ذكر تسمية كمبيالة في صلب الورقة، الأمر الصريح بالدفع، اسم المسحوب عليه، ميعاد الاستحقاق... إلخ. فإذا لم يذكر في الورقة أي من هذه البيانات عدت باطلة ككمبيالة، فلا يمكن أن تنتج الآثار التي تتولد عادة عن الكمبيالة كورقة تجارية. ومن ثم لا يستطيع الحامل ولو كان حسن

النية أن يباشر أي إجراء للرجوع الصرفي[1]، بل يجوز الدفع في مواجهته ببطلان الكمبيالـــة لأن نقص أحد بياناتها هو عيب ظاهر يمكن كشفه بمجرد الاطلاع عليها[2].

وإذا كان المشرع قد أورد في المادة ٢٧٩ سالفة الذكر تعداداً للبيانات التي تمثل في مجموعها الشكلية الملزمة للكمبيالة، إلا أن المعالجة المعلوماتية لهذه الأخيرة تتطلب إضافة بيانات أخرى جوهرية للبيانات التقليدية. وعليه يجب أن تتضمن الكمبيالة المقترنة بكشف عند إصدارها بيانين مكملين هما بيان "بدون مصاريف" وبيان "محل الدفع المختار". وعلى الرغم من كونهما في الأصل من البيانات الاختيارية فقد جرت العادة على ذكر هذين البيانين في غالبية الكمبيالات العادية.

أما شرط الرجوع بدون مصاريف[3] clause de retour sans frais فقد أشارت إليه المادة ٤٤١ من التقنين التجاري. ويقتصر أثر هذا الشرط في الكمبيالة على إعفاء الحامل من تحرير الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء. لكن يظل ملزماً بتقديم الكمبيالة للوفاء عند الاستحقاق، وكذلك إخطار الضامنين بعدم القبول أو بعدم الوفاء في الميعاد المقرر قانوناً. ويفترض قيام الحامل بهذا الواجب، وعلى من يدعي العكس عبء الإثبات. وتذكيراً بالمادة السابقة فإنها تفرق بين ما إذا كان واضع الشرط هو الساحب أم أحد المظهرين. فإن كان الأول جاز للحامل الاحتجاج بالشرط على كل الموقعين على الكمبيالة، لأنه يكون في هذه الحالة معروفاً للجميع

---

(1) Cass.com. 6 Juillet 1965: D. 1966, 24; cass. Com. 9 Novembre 1970: Bull.IV, No 297; RTD com. 1971, 746, obs. Cabrillac et Rives-Lange; cass. Com. 7 Novembre 1979, RTD com. 1980, P. 115, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

وانظر أيضاً في خصوص هذا البطلان:

M. CRIONNET: De L'omission des mentions obligatoires de la lettre de change, D. 1989, chron. 129.

(2) راجع مؤلفنا في القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ١١١ .

(3) ويطلق على هذا الشرط أيضاً كما هو معلوم الرجوع "بدون نفقة" أو "بدون احتجاج".

باعتبار أن الساحب هو منشئ الكمبيالة. وإذا قام الحامل بتحرير الاحتجاج رغم وجود الشرط، فإنه يتحمل نفقاته. أما إذا كان الشرط مدوناً من جانب أحد المظهرين، فإن الحامل لا يعفى من تحرير الاحتجاج إلا في مواجهة هذا المظهر فقط دون سائر الموقعين الملتزمين في الكمبيالة سواء أكانوا سابقين عليه أم لاحقين له.

وفي الواقع أن استبعاد الكمبيالات القابلة للاحتجاج أو البروتستو من عملية المعالجة الآلية يفسر باعتبارات عملية. ذلك أن تطلب الاحتجاج من شأنه التقليل من أهمية أو فائدة هذه العملية، حيث ستكون الكمبيالة حال عدم الوفاء بقيمتها محلاً للتعامل اليدوي والتداول. وعلى أي حال فليس من شأن تطلب بيان "بدون احتجاج" عرقلة عمل النظام وتطوره لأن غالبية الأوراق التجارية عموماً تتضمن مثل هذا البيان [١].

كذلك يعد شرط محل الدفع المختار clause de domiciliation أحد المحاور الرئيسية لنظام الكمبيالة المقترنة بكشف [٢]. ويعد هذا الشرط من أكثر الشروط إدراجاً في الكمبيالات العادية من الناحية العملية [٣]، ومقتضاه بيان أن الوفاء بقيمة الكمبيالة يتم في محل شخص آخر غير المسحوب عليه عادة ما يكون بنك هذا الأخير [٤]. وقد أشارت إليه المادة ٣٨٢ من التقنين التجاري بنصها على أنه "يجوز أن تكون الكمبيالة مستحقة الوفاء في موطن شخص من الغير سواء في الجهة التي

---

(١) P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit. p. 155.

(٢) Vasseur, op. cit. p. 26.

(٣) والغالب أن يكون ذكره لمرة إرادة الساحب ولمصلحته. لكن يحدث أيضاً أن يقوم المسحوب عليه نفسه بوضع بيان محل الوفاء المختار في الكمبيالة وقت تقديمها إليه للقبول.

(٤) انظر حول شرط محل الدفع المختار:
J. REVEL, Le contrat de domiciliation des effets de commerce, JCP 1977, éd. CI, II, 12282.

بها موطن المسحوب عليه أو في أية جهة أخرى". ويجب أن يتضمن بيان محل الدفع المختار كافة العناصر اللازمة لتحديد الحالة البنكية للمسحوب عليه كالرمز الرئيسي للبنك وفرعه[1] وكذلك رقم حساب المسحوب عليه.

وإذا كانت الأهمية الظاهرة لهذا الشرط تبدو في تحديد مكان الوفاء فإن العمل يشهد بتزايد فائدته لا سيما في الكمبيالات الورقية المقترنة بكشف باعتبارها من عمليات البنوك. وتفسير ذلك أن شرط محل الوفاء المختار يفيد في تحديد الشخص الذي سيتولى الدفع وكذلك السماح بالوفاء عن طريق الاستقطاع من حساب المسحوب عليه [2] ثم إجراء تحويل مصرفي إلى حساب الساحب في بنكه المختار.

هذا ولا يترتب على تخلف أحد البيانين السابقين بطلان الورقة ككمبيالة وإنما فقط عدم إمكانية خضوعها للمعالجة المعلوماتية، ومن ثم تنقلب إلى كمبيالة

---

(1) ويمكن للساحب معرفة هذه العناصر ابتداء من خلال كشف الهوية البنكية الذي يرسله إليه المسحوب عليه. وجدير بالإشارة أنه قد رؤى فيما سبق اعتبار هذا البيان أحد البيانات الإلزامية في الكمبيالة العادية طبقاً للقانون الفرنسي. لكن هذا كان يتطلب إجراء تعديل للقانون التجاري، وهو الأمر الذي تحفظ عليه البعض لمخالفته النصوص الصريحة لمعاهدة جنيف المتعلقة بالقانون الموحد للكمبيالة.

P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit, p. 155.

(2) ومن المقرر أن بنك المسحوب عليه يعد وكيلاً عن هذا الأخير الذي يعطيه الأمر بالدفع أو عدم الدفع. ومن ثم تنهض مسئولية البنك في الحالة التي يدفع فيها قيمة الكمبيالة في الوقت الذي يتلقى فيه من عميله تعليمات بعدم دفعها. انظر في هذا المعنى:

GRUA, Les contrats bancaires, Economica, 1990, No 176.

وانظر أيضاً:

Cass. com. 8 Juin 1982: Bull. Civ. IV. No 221; RTD com. 1983, 93, obs. Cabrillac et Teyssié; cass. com. 25 Janvier 1955: Bull III, No 41; comp. Paris 7 Avril 1973: JCP 1973, II. 17555. 1re espèce, note Gavalda; Aix, 20 Janvier 1982: RJ com. 1984, 21 note Ph. Delebecque; RTD com. 1984, 304, obs. Cabrillac et Teyssié; Paris, 20 Juin 1985: RTD com. 1985, p. 787, obs. Cabrillac et Teyssié.

عادية قابلة للتداول [1].

وفيما يتعلق ببيان تاريخ الاستحقاق فلقد أوضحت المادة ٤٢١، فقرة أولى، من التقنين التجاري طرق تعيين هذا التاريخ على نحو يمكن معه أن تكون الكمبيالة مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع، أو بعد مدة معينة من الإطلاع، أو بعد مدة معينة من تاريخ إصدارها، أو في تاريخ معين يحدده الساحب. والأصل أن ينطبق هذا النص على الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. ومع ذلك فإن متطلبات المعالجة المعلوماتية للأوراق التجارية قد قيدت من حرية الأطراف في تحديد ميعاد استحقاق الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف حيث يجري العمل على سحبها بمجرد الإطلاع أو في تاريخ محدد [2]. وفي الحالة الأخيرة ذهب البعض[3] إلى أنه ليس لأطراف الكمبيالة المقترنة بكشف حرية تحديد اليوم الذي تستحق فيه قيمتها بل يجب الاختيار من بين أيام معينة على وجه الحصر [4]. والسبب في ذلك من وجهة نظرهم يكمن في توفير النفقات حيث يتم تجميع أكبر عدد ممكن من الكمبيالات لإرسالها معاً على شريط ممغنط إلى كمبيوتر المقاصة [5].

---

(١) Jean Devèze, Philippe Pétel, op. cit. p. 184.

(٢) أما سحب الكمبيالة لمدة معينة من تاريخ إصدارها فلا يعدو أن يكون طريقة للتعبير عن السحب ليوم محدد. وأما سحب الكمبيالة لمدة معينة من تاريخ الإطلاع فبالإضافة إلى ندرته في مجال التجارة الداخلية، فهو يفترض تقديم الكمبيالة للقبول وهو الأمر الذي لا نجده عملاً بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف.

Vasseur, op. cit. p. 27, Note (1).

(٣) Vasseur, op. cit. p. 27.

(٤) هذه الأيام هي ٥، ١٠، ١٥، ٢٠، ٢٥ وكذلك نهاية الشهر.

(٥) على العكس يرى البعض الآخر أن هذا القيد قد اختفى في الوقت الحاضر حيث أن نظام interbancaire de télécompensation يؤدي وظيفته طوال أيام العمل وإذا وقع ميعاد الاستحقاق في غير أيام العمل، فهو يمتد لأول يوم يليه من أيام العمل.

J. Devèze, P. Pétel, op. cité, p. 184

٢ ــ الشكلية القانونية والشكلية المادية :

يتضح لنا إذن مما تقدم أن الشكلية القانونية في الكمبيالات الورقية المقترنة بكشف أكثر منها في الكمبيالات التقليديـــة. وآية ذلك ما رأيناه من زيادة عدد البيانات الإلزامية في الأولـــى عنها في الثانية.

لكنها ليست فقط الزيادة في الشكلية القانونية هي التي تميز الكمبيالة المقترنة بكشف عن مثيلتها التقليدية. وتفسير ذلك أنه باستثناء الدعامة الورقية التي ترتبط الكمبيالة العادية بها وجوداً وعدماً، لا يستلزم القانون أي شكل مادي تتخذه هذه الكمبيالة عند صدورها. على العكس فإن استخدام المعلوماتية في تنظيم الأوراق التجارية يتطلب شروطاً فنية معينة. فالكتابة اليدوية غير جائزة في مجال الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، بل يجب تدوين بيانات الكمبيالة بواسطة الآلة الكاتبة أو الكمبيوتر حتى يمكن قراءتها بوضوح وبالتالي يسهل على بنك الساحب نقلها على الشريط الممغنط دون حدوث أي خطأ.

كذلك تتضح الشكلية المادية للكمبيالة المقترنة بكشف فيما جرى عليه العمل المصرفي من إصدار نموذج مطبوع يجب على الساحب مراعاته عند تحرير الكمبيالة[1]. ويقتصر استخدام هذا النموذج على الكمبيالات التي يراد تحصيلها عبر كمبيوتر المقاصة، وبالتالي فلا يجوز استيفاء قيمة الكمبيالة التقليدية بالطريق المعلوماتي أو الكمبيالة المقترنة بكشف بالطريق التقليدي. فذلك من شأنه أن يؤدي إلى تعقد عمل البنوك ووقوعها في أخطاء، بل وقد يصل الأمر في بعض الأحيان إلى تقديم الكمبيالة للوفاء مرتين إحداهما بواسطة الكمبيوتر والأخرى في غرفة المقاصة. على أنه إذا سحبت كمبيالة تقليدية على النموذج الخاص بالكمبيالة المقترنة بكشف وقبل بنك الساحب تسلمها على هذا النحو، فإن بنك المسحوب عليه

---

[1] ويتضمن هذا النموذج عادة ١٩ خانة تشير في مجملها إلى البيانات الإلزامية وبعض البيانات الاختيارية للكمبيالة.

لا يستطيع الاحتجاج بهذا السبب للامتناع عن الوفاء وإلا كان مسئولاً في مواجهة الحامل والمسحوب عليه باعتبار أن الأمر يتعلق بكمبيالة حقيقية وفقاً للقانون [1].

٣ ـ تسليم الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف إلى البنك :

ومتى نشأت الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف صحيحة، فإنها تسلم مباشرة إلى البنك. وهنا يثور التساؤل حول الصفة التي يتلقى بها هذا البنك الكمبيالة من عميله، أي هل تتم عملية التسليم على سبيل الخصم escompte [2] أم التحصيل encaissement .

والإجابة على التساؤل السابق إنما تعتمد على إرادة الأطراف ومدى إتجاهها إلى الخصم أم التحصيل. وقد يبدو بديهياً القول بأن هذه الإرادة يستدل عليها صراحة من نوع التظهير الذي يمكن وضعه على الكمبيالة قبل تسليمها إلى البنك وما إذا كان تظهيراً ناقلاً للملكية أم تظهيراً توكيلياً. بيد أنه قد يظهر العميل الورقة للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية دون أن يكون القصد من ذلك خصمها وإنما مجرد توكيل البنك في تحصيل قيمتها عند حلول أجلها [3]. علاوة على ذلك فقد جرى العمل المصرفي على إعطاء الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف إلى البنك مباشرة دون أن تحمل أي بيان يدل على الخصم أو التحصيل، حيث رؤى في ذلك تسهيلاً

---

(١) Vasseur, op. cit. p. 28.

(٢) انظر في خصم الأوراق التجارية: أ. د. مصطفى طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٣٥٢ وما بعدها، أ. د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٢٥ وما بعدها، أ. د. علي البارودي وأ. د. فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٤٢٤ .

وانظر أيضاً في ذات المسألة:

J. – L. RIVES – LANGE, Les Problèmes juridiques Posés par l'operation d'escompte, Paris, 1962 et J. – cl. dr. com., annexes, Banque et Bourse, Fasc. 35; Vasseur, le contrat d'escompte, nature et portée, Banque 1984. 1458; J. – cl. GROSLIÈRE, L'escompte, art. Encyclopédiue Dalloz, Dr. com.

(٣) أ. د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٤٠.

لعمل الكمبيوتر [١].

إزاء ما تقدم فإن إثبات إرادة الأطراف الدالة على الخصم أو التحصيل يتم عادة عن طريق اللوائح أو القوائم bordereaux المصاحبة لتسليم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى البنك. فإذا لم تتضمن تلك القوائم ما يفيد ذلك فإن البنك يعتبر وكأنه قد تلقى الكمبيالة على سبيل الخصم [٢].

ولا شك أن مركز البنك كخاصم يختلف عن مركزه كوكيل عن العميل. ومن الناحية العملية كثيراً ما يتم سحب الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف لإذن البنك[٣] حيث يقوم بخصمها [٤]. والأصل في هذه الحالة أنه يجب ذكر اسم البنك الخاصم على الورقة كمستفيد. ومع ذلك يحدث أحياناً ألا يكون الساحب على يقين من قبول البنك خصم الورقة فيسلمه إياها دون استكمال بيان اسم المستفيد. فإذا قبل البنك إجراء الخصم قام بنفسه بتدوين البيان الناقص مصححاً بذلك الكمبيالة الباطلة

---

(١) Vasseur, op. cit. p. 30.

(٢) VIVANT, Le STANC, RAPP, GUIBAL, Lamy droit de l'informatique, informatique-Télématique-Réseaux, LAMY S.A., 1992 p. 1300.

(٣) ويمكن للساحب أن يصدر الكمبيالة لإذن أو لأمر نفسه (مادة ٣٨١/تجاري) ثم يقوم بعد ذلك بتظهيرها للبنك. بل وقد تسحب الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف لأمر مستفيد آخر غير البنك يقوم بتظهيرها على بياض إلى هذا الأخير. هذا وقد قضت محكمة استئناف باريس في ١٩ مارس عام ١٩٧٤ بأنه "إذا كان البنك معيناً في الورقة بصفته مستفيداً منها قام ذلك قرينة على أن العملية خصم، وقد تأيدت هذه القرينة بقيد الورقة في الحساب الجاري لصالح العميل وليس في حساب خاص للتحصيل ولو أن البنك لم يقتطع من المبلغ المقيد سعر الخصم و لم يدونه في الجانب المدين للحساب ولكنه كان دائماً يسلك مسلك المالك" [المجلة الفصلية ١٩٧٤ ص ٣١٩ رقم (١٠)]. وانظر أيضاً في جواز اعتبار البنك مستفيداً في الورقة التجارية.

Cass. Com., 7 oct. 1963, Banque 1964, p. 253.

(٤) J. Devèze et P. Pétel, op. cit. P. 184.

بسبب تخلف أحد البيانات الإلزامية التي تطلبتها المادة ٢٧٩ من التقنين التجاري[1].

هذا ولا تثير الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف مشكلة عند سحبها على سبيل الخصم، إذ يقوم البنك بقيد مبلغها في الجانب الدائن للعميل الدافع. على أن هذا القيد ليس نهائياً، وإنما مؤقتاً بشرط الوفاء [2]. وبالتالي إذا لم يتحقق هذا الشرط ولم تدفع الورقة قيدت قيمتها في الجانب المدين للعميل الدافع، وهذا هو القيد العكسي للأوراق التجارية contrepassation.

ويترتب على خصم الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ملكية البنك الخاصم لها، ومن ثم فهو يكتسب كافة الحقوق الصرفية المرتبطة بها. كذلك تنتقل إليه

---

(1) وقد قضى بأنه لا يجوز سد غياب بيان اسم المستفيد عن طريق وضع توقيعه على الكمبيالة.

Cass. com. 15 décembre 1982, R.T.D. com. 1983, p. 258.

وجدير بالإشارة أنه يجوز الاحتجاج بهذا التصحيح في مواجهة المسحوب عليه طالما حدث قبل قبوله. بل ويجيز القضاء هذا الاحتجاج ولو حدث التصحيح بعد قبول المسحوب عليه طالما لم يحدث خطأ من جانب البنك.

انظر في صحة تصحيح الكمبيالة الباطلة بسبب تخلف اسم المستفيد:

Cass. Com. 7 fev. 1983, R.T.D. com., 1983, p. 580; cass. Com., 25 Mai 1988, Bull. Civ. IV, No 169; R.T.D. com., 1989, p. 655; cass. Com., 21 Juin 1988, D. 1988.1.R.198.

على العكس ففي حالة تخلف بيان تاريخ ومكان الانشاء فإن التصحيح يستلزم موافقة المسحوب عليه.

Cass. Com., 25 Mai 1988, Bull. Civ. IV, No 170; R.T.D. com., 1989, p. 655; cass. Com., 7 Oct. 1987, D. 1988, somm., p. 51; R.T.D. com., 1988, p. 94.

(2) فقد قضى بأنه "متى كان المدفوع في الحساب الجاري ديناً ثابتاً بورقة تجارية حررها العميل لصالح الجهة المفتوح لديها الحساب، فإن مجرد قيد قيمتها في الجانب الدائن من الحساب لا يمنع من مطالبته العميل بقيمتها في ميعاد الاستحقاق وليس له أن يحتج بدخول الورقة في الحساب الجاري وإندماجها فيه بحيث لا يجوز فصلها عنه والمطالبة بها على استقلال طالما إنه لم يوف بقيمتها بالفعل، إذ من تاريخ هذا الوفاء وحده يعتبر المدفوع قد دخل الحساب الجاري واندمج فيه بغض النظر عن تاريخ قيده، إذ يعتبر القيد في هذه الحالة قيداً مؤقتاً بشرط الوفاء". الطعن رقم ٣٤٦ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/١٧ س ٢٧ ص١١١٨، وانظر أيضاً الطعن رقم ٢٨٨ سنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٩ س ٢٧ ص ٤٠٨، د. أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ٣٨٩ وما بعدها.

ملكية الدين الأصلي لمقابل الوفاء La provision [1] وكافة ملحقاته [2]. وتفريعاً على ذلك لا يستطيع المسحوب عليه أن يحتج في مواجهة البنك بكافة الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة الساحب [3].

أما المشكلة فقد تثور بمناسبة تسليم الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف إلى البنك على سبيل التحصيل، لا سيما في الحالة الغالبة التي يرتبط فيها العميل مع البنك بعقد حساب جاري. في مثل هذه الحالة ليس ثمة ما يلزم البنك بقيد الكمبيالة في الجانب الدائن لحساب العميل، بل إنه يتفادى القيام بذلك على اعتبار أن مثل هذا القيد قد ينهض قرينة على أن العملية هي في حقيقتها خصم[4] .

فعلى الرغم مما يحدث أحياناً من إتجاه إرادة الدافع إلى تسليم الكمبيالة إلى البنك للتحصيل، إلا أن قيد هذه الكمبيالة في الحساب إنما يعني تغييراً لرأى الدافع وموافقته على نقل ملكية الكمبيالة إلى البنك الأمر الذي يستتبع تحول طبيعة عملية التسليم من التحصيل إلى الخصم.

وقد درجت البنوك على قيد قيمة الكمبيالة في الجانب المؤجل différé من الحساب على أن يتم القيد في الجانب الحال disponible متى حصّل البنك هذه القيمة، وإلا أجرى قيداً عكسياً مقابل القيد السابق. بيد أن القيد في الجانب المؤجل قد يشكل في ذاته خطراً حال تصفية الحساب، حيث أنه يزيد في الظاهر فقط من

---

[1] ويعد ذلك تطبيقاً للمادة ٤٠٤، فقرة أولى، من التقنين التجاري والتي تنص على أن "تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين".

انظر في تاريخ انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل:

Cass. Com. 4 Juin 1991, Bull. Civ., IV, No 208, p. 147.

[2] وتشمل هذه الملحقات، والتي تنتقل إلى البنك بقوة القانون، كافة التأمينات الشخصية والعينية التي تضمن الوفاء بالدين.

[3] Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire. 6e édition, Dalloz, p. 73.

[4] أ. د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق ص ٦٤٣.

الثقة في حساب العميل [1]. لذا تبدو مصلحة البنك قائمة في عدم إجراء أي قيد في الحساب ما لم يتم تحصيل قيمة الكمبيالة.

وفي علاقته بالمسحوب عليه في الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف يعتبر البنك المحصل وكيلاً عن عميله الدافع، وبالتالي يجوز للمسحوب عليه الاحتجاج في مواجهته ـ أي البنك ـ بكافة الدفوع التي كان له التمسك بها تجاه العميل. لكن مثل هذا الاحتجاج يفترض بطبيعة الحال إطلاعٍ المسحوب عليه على الكمبيالة لمعرفة صفة بنك الدافع كوكيل وهو الأمر الذي لا يتحقق بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. فهذه الأخيرة كما سنرى يحتفظ بها البنك لديه ولا يرى المسحوب عليه سوى الكشف الذي يرسله إليه بنكه متضمناً قائمة بالكمبيالات المطلوب الوفاء بقيمتها. صحيح أن للمسحوب عليه أن يبدأ بالاحتجاج في مواجهة بنك الدافع بالدفوع التي يملك التمسك بها تجاه الساحب، مفترضاً بذلك صفة البنك كوكيل وبالتالي تلقيه الكمبيالة من عميله على سبيل التحصيل. بيد أن بنك الساحب قد يرفع راية الدفاع عن عميله فيدفع مواجهة المسحوب عليه له استناداً إلى أن الكمبيالة قد سلمت إليه على سبيل الخصم ومن ثم ليس ثمة دفع يمكن توجيهه إليه. عندئذ فإنه المسحوب عليه هو الذي يقع عليه عبء إثبات العكس [2].

ويلاحظ أنه في حالة إفلاس العميل الموكل، يجب على البنك أن يقوم بتسليم مبلغ الكمبيالة إلى سنديك التفليسة [3].

والمسألة لا تثير قلق المسحوب عليه فحسب بل والساحب أيضاً. ذلك أنه إذا كانت الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قد سلمت إلى البنك على سبيل التحصيل،

---

(١) Michel Vasseur et Xavier marin, Les comptes en banque, Tome I, 1966, No 236.

(٢) Vasseur, op. cit. p. 31.

(٣) Dekeuwer-Défossez, op. cit., p. 73.

فالأصل أنه يجوز للعميل الدافع، حال إفلاس البنك، استردادها من التفليسة[1] حيث لا يتعلق بها حق جماعة الدائنين. ومع ذلك فقد لا يتضح من الكمبيالة ذاتها ما يفيد تسليمها إلى البنك على سبيل التوكيل ويدعى أمين التفليسة (السنديك) ملكية المفلس للكمبيالة مما مؤداه حرمان الدافع من حقه في استردادها. ولئن كان العميل الدافع في علاقته بالبنك يستطيع إثبات طبيعة عملية تسليم الكمبيالة من حيث كونها تحصيلا وليس خصماً، إلا أن الشك قد يثور في مدى إمكانية هذا الإثبات في مواجهة السنديك وهو ممثل جماعة الدائنين. فمن المسلم به أن هذه الجماعة تعتبر من الغير بالنسبة للمدين المفلس وهو ما يبرر حقها في عدم الإعتداد بالتصرفات السابقة على حكم شهر الإفلاس والتي لم تستوف إجراءات نفاذها في حق الغير قبل صدور هذا الحكم[2].

ومع تأكيده على أن المخاوف المتقدمة إنما هي ثمرة فروض ثانوية من الناحية العملية، يذهب العلامة Vasseur [3] إلى أن معالجتها يستلزم بيان قصد التوكيل بوضوح على الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، وذلك في الحالة التي يتم فيها تسليمها إلى البنك على سبيل التحصيل.

---

(1) شريطة أن توجد هذه الكمبيالة بعينها تحت يد البنك المفلس وقت شهر إفلاسه، وألا يكون البنك قد قبض قيمتها بعد. (مادة،٦٢٨ من التقنين التجاري). وتطبيقاً لذلك إذا كان البنك المفلس قد قبض قيمة الكمبيالة قبل شهر الافلاس، فلا محل عندئذ لاستردادها، بل يدخل المالك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً يخضع لقسمة الغرماء. (وعند البعض إذا أمكن فرز مبلغ الكمبيالة تحت يد المفلس، فلمالك الكمبيالة استرداده. أ.د. علي البارودي وأ.د. فريد العريني، المرجع السابق، ص ٣٤١). كذلك لا محل لاسترداد الكمبيالة إذا كانت قد سلمت إلى البنك المفلس لقيدها في حساب جار مفتوح بينه وبين المالك، حتى ولو وجدت الكمبيالة بعينها في التفليسة. ذلك أن الكمبيالة بمجرد إدراجها في الحساب تندمج فيه وتفقد ذاتيتها لتصبح مجرد بند من بنوده التي تعد كلاً لا يتجزأ. أ. د. مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(2) أ. د. علي البارودي وأ. د. فريد العريني، المرجع السابق ص أ. د. محمد بهجت عبد الله قايد، علميات البنوك والافلاس، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢٩٥.

(3) Vasseur, op. cit. p. 33.

المبحث الثاني

حياة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

من المسلم به أن الكمبيالة التقليدية، شأنها شأن بقية الأوراق التجارية، قابلة للتداول بطريق التظهير[1]. وقد أكدت محكمة النقض المصرية، في ظل القانون التجاري القديم، على ضرورة قابلية الصك للتداول حتى يندرج في عداد الأوراق التجارية، فقضت بأن "أخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، أي اشتمالها على شرط الإذن أو عبارة الأمر للمستفيد. ومن ثم فإن الصك الذي لا ينص فيه على هذا الشرط يفقد إحدى الخصائص الأساسية للأوراق التجارية، فيخرج عن نطاقها، ولا يمكن أن يندرج في إحدى صورها التي نظمها القانون"[2].

وجدير بالإشارة أن المشرع في القانون التجاري الحالي قد أوجب تحديد نوع الورقة المحررة عن طريق ذكر تسميتها "كمبيالة" بوضوح على الصك وبذات اللغة المستخدمة في كتابته. فورود هذه الكلمة صراحة على الورقة يعني أن

---

(1) من الملاحظ أنه على الرغم من قابلية الكمبيالة للتداول لمرات غير محدودة حتى حلول ميعاد الاستحقاق، فإن التظهير من الناحية العملية في تناقص. فالغالب أن تداول الكمبيالة يقتصر على خصمها لصالح أحد البنوك.

Michel Jeantin, Paul le Cannu, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, 5e édition, No 298, p. 189.

(2) نقض مدني، الطعن رقم ٦٦٩ سنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ س ٢٦ ص ١٢٩٢، طعن رقم ٨٧٥ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٨ س ٢٨ ص ٥٨١، طعن رقم ١١٦ سنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٢٣، طعن رقم ٦٥ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ س ٢٨ ص ١١٦٨، طعن رقم ٩٠ سنة ٢٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ س ١٧ ص ١٩٥، راجع د. أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف ٢٠٠٠ ص ١٧١ وما بعدها.

محررها قد أراد لها أن تتداول بطريق التظهير ولو فاته ما جرت عليه العادة من كتابة شرط الإذن أو الأمر قبل اسم المستفيد.

ومع ذلك فقد تتضمن الورقة لفظ الكمبيالة دون أن تكون كذلك إذا نص الساحب فيها صراحة على عدم جواز تداولها بالتظهير كما لو كتب عليها "ليس للأمر" أو أية عبارة بهذا المعنى. وفي مثل هذه الحالة لا تتداول هذه الورقة إلا باتباع إجراءات حوالة الحق المدنية وما يترتب عليها من آثار.

٤ ـ أفول قابلية الكمبيالة للتداول : [١]

إذا كان ما تقدم هو الحال بالنسبة للكمبيالة التقليدية فالوضع يختلف فيما يتعلق بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. فمن حيث المبدأ ليس ثمة ما يحول دون انطباق قواعد قانون الصرف الخاصة بالتظهير على الكمبيالة المقترنة بكشف، ومع ذلك فمن الناحية العملية قلما تجد هذه القواعد محلاً للتطبيق. وينطبق هذا القول سواء قبل تسليم الكمبيالة إلى البنك أو بعد تسليمها إليه.

فالتظهير الناقل للملكية جائز تماماً أن يرد على الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قبل تسليمها إلى البنك، سواء أكان هذا التظهير بواسطة المستفيد فيها أو بواسطة حامل لاحق له لصالح البنك الخاصم. وقد تظهر الكمبيالة على سبيل نقل الملكية إلى حامل يعهد إلى البنك بتحصيلها من خلال تظهير توكيلي. على أن تلك الحالات لا تعدو أن تكون استثنائية. فالأصل وفقاً لنظام الكمبيالة المقترنة بكشف كما ارتأى واضعوه أن تسلم الكمبيالة إلى البنك بواسطة الساحب نفسه لخصمها، فيتم سحبها لإذن البنك الخاصم ذاته دون أن تتلقاها يد أي حامل في الوسط.

أما إذا أريد للبنك أن تقتصر مهمته على تحصيل الكمبيالة، فيكفي الساحب

---

[١] انظر بشأن هذا الموضوع في الفقه الأمريكي:

A. J. Rosenthal, Negotiability-who needs it? Columbia Law Review 1971 p. 401; R.J. Mann, searching for negotiability in payment and credit systems, 44 University of California, Los Angeles Law Review 953 (1997).

ان يحررها لإذن نفسه ثم يظهرها للبنك تظهيرا توكيلياً [١]. وقد يتسلم البنك الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف من عميله فيضطر إلى تظهيرها إلى بنك آخر تظهيراً توكيلياً. هذه الحالة، وإن كانت نادرة الحدوث عملاً الآن، تظهر فيما لو كان بنك العميل الدافع غير مزود بأجهزة كمبيوتر تربطه بكمبيوتر المقاصة. عندئذ يجب على مثل هذا البنك أن يتعامل من الباطن مع أحد البنوك الأخرى المرتبطة مباشرة بكمبيوتر المقاصة على نحو يظهر إليه الكمبيالة على سبيل التحصيل ليقوم البنك الأخير بنقل بيانات الورقة على شرائط ممغنطة [٢].

إذن فتظهير الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قبل تسليمها إلى البنك أمر، وإن كان جائزاً من الناحية النظرية، نادر عملاً. بيد أن التساؤل يظل مطروحاً حول التظهير اللاحق على التسليم وقبل أن تتم المعالجة الآلية للكمبيالة. فهل يمكن لهذه الأخيرة أن تكون محلاً للتظهير وهي بيد بنك الساحب أو الدافع؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين مركز البنك كوكيل عن الدافع ومركزه كخاصم. فإذا كان الحديث عن البنك الذي يتلقى الكمبيالة على سبيل التوكيل لأمكن القول بأن تظهير الكمبيالة لوكيل آخر يتولى قبض قيمتها أمر يبتعد عن الواقع العملي[٣]. أما قيام هذا البنك بتظهير الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية فقد حسمته المادة ٣٩٨، فقرة أولى، من التقنين التجاري عندما نصت على أن المظهر إليه تظهيراً توكيلياً لا يجوز له تظهير الكمبيالة إلا على سبيل التوكيل. فكأنها حظرت عليه أن يظهر الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية [٤].

أما بالنسبة للبنك الخاصم للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف فتظهيره لهذه الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية يثير مسألة إعادة الخصم.

---

(١) فيذكر عليها مثلاً "القيمة للتحصيل" أو "القيمة للقبض" أو "القيمة للاستيفاء" أو "القيمة بالوكالة".

(٢) Vasscur, op. cit. p. 39.

(٣) M. Jeantin, op. cit. p. 271.

(٤) ويتفق هذا الحكم مع ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون جنيف الموحد.

أخيراً فالأصل أنه بعد تسليم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى البنك ومعالجتها آلياً بواسطته لا تظهير للكمبيالة باعتبار أن ذلك يتعارض مع الالتزام الذي يأخذه البنك على عاتقه ولو ضمنياً بالاحتفاظ بالورقة لديه دون التعامل بها [1] .

٥ ــ آثار عدم تداول الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف على العلاقة بين البنوك وعملائها :

يبين إذن مما تقدم أن تجريد الكمبيالة العادية من طابعها المادي كان له أبلغ الأثر على إحدى الخصائص الجوهرية للأوراق التجارية عموماً وهي قابليتها للتداول. فقد بدت الورقة وهي تفقد تدريجياً مكانها التقليدي والجوهري في ميدان أدوات الوفاء والائتمان. وآية ذلك أن العديد من هذه الأدوات لا سيما الكمبيالة تتحرر في الوقت الحاضر من ارتباطها بالدعامة الورقية لتتعلق بدعامة أخرى ذات طبيعة ممغنطة. وهكذا أضحى تبادل البيانات الممغنطة هو المبدأ العام، ولم يعد التداول الورقي للكمبيالة إلا مجرد استثناء.

ولا شك أن عدم تداول الكمبيالة له آثاره على علاقات البنك بعملائه سواء أكانوا من الدافعين أو المسحوب عليهم.

٦ ــ أولاً: العلاقة بين البنك والدافع:

في بداية تطبيق نظام الكمبيالة المقترنة بكشف [2] كان العميل يسلم إلى بنكه إما كمبيالات عادية تكون محلاً للتبادل الورقي في غرفة المقاصة، أو كمبيالات ورقية مقترنة بكشف يتم تبادلها عبر كمبيوتر المقاصة. ومع ذلك فقد تعدل الوضع عام ١٩٨٧ ليصبح من حق الحامل الذي يسلم إلى البنك كمبيالات عادية أن يطلب إما خضوعها لنظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف وبالتالي سلوكها الطريق المعلوماتي، أو استيفاء قيمتها بالطريق التقليدي تحت مظلة نظام الكمبيالة

---

(١) Vasseur, op. cit., No 19; M. Vivant, C. le stanc, op. cit., No 2138, p. 1300.

(٢) وكذلك السند الإذني الورقي المقترن بكشف.

المتداولة[1].

وقد تسلم الكمبيالة العادية إلى البنك دون أية تعليمات من جانب العميل الدافع فيما يتعلق بشكل الإجراء الذي يتم به تحصيل قيمتها. في مثل هذه الحالة يعود اتخاذ القرار إلى البنك حيث يجوز له سلوك الطريق المعلوماتي في كل مرة تستجيب فيها الكمبيالة لمتطلباته [2]. بيد أن اتباع هذا الإجراء هو مجرد رخصة يتحمل البنك تبعة استعمالها [3].

٧ ـ موافقة الدافع على عدم تداول الكمبيالة :

والأصل أنه إذا سلم العميل الكمبيالة العادية إلى بنكه بغرض تحصيلها لحسابه عند حلول ميعاد الاستحقاق، وجب على البنك تنفيذ إرادة عميله بهمة وعناية [4]. وتقوم مسئولية البنك إذا أهمل في تنفيذ المهمة الموكولة إليه وترتب على ذلك ضرر للعميل [5]. كما لو تأخر في تقديم الكمبيالة للوفاء أو في تحرير الاحتجاج[6] أو في إبلاغ العميل بعوارض الوفاء[7]. ومع ذلك يعفى البنك من

---

(١) جدير بالإشارة أن الأمر لا يتوقف على محض إرادة الدافع، وإنما يجوز للمسحوب عليه أن يفرض رأيه أيضاً ويعلم دائنيه به مسبقاً كأن يرسل لهم مثلاً كشف الهوية البنكية الخاص به. أما البنك فلا يتعدى دوره تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من عملائه.

(٢) فيجب أن تتضمن الكمبيالة العادية عندئذ البيانات الإلزامية التقليدية علاوة على بيان "بدون نفقة" وبيان "محل الوفاء المختار" للمسحوب عليه.

(٣) P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit. p. 155.

(٤) Richard Routier, responsabilité du banquier, L.G.D.J., 1997, p. 73.

(٥) Douai 11 Décembre 1981. D 1982, IR, p. 501, obs. Vasseur; cass. Com. 13 Mars 1990, J.C.P. éd. G. 1990. IV. p. 183; cass. com. 17 Janvier 1984, GP. 1984, 1, Pan. P. 130, note Piedelièvre.

(٦) Com., 18 Octobre 1971. JCP 1972, II 17053, note J. VEZIAN; Paris, 19 Février 1987, D. 1987 IR 57.

(٧) Com., 17 Mars 1975, Rev trim. Dr. com. 1975, 876 obs. M. CABRILLAC et J-L, RIVES-LANGE; com., 1er Janvier 1984, caz. Pal. 1984, 1 pan. 130, obs PIEDELÈVRE.

المسئولية في حالة القوة القاهرة [1]. كما أن العمل يجري على اشتراط البنوك إعفائها من المسئولية في بعض الحالات. وتعتبر هذه الشروط التعاقدية صحيحة[2]، ما لم يثبت غش البنك أو خطأه الجسيم [3].

وقد رأينا كيف أن البنك يمكنه سلوك طريق المعلوماتية لاستيفاء قيمة الكمبيالة التي تسلمها من عميله للتحصيل، طالما أن هذا الأخير قد التزم الصمت حيال كيفية إجراء التحصيل. وتثور عادة بهذه المناسبة مسئولية البنك عما يلحق بعميله من أضرار نتيجة خيار المعلوماتية.

وتطبيقاً لذلك فقد قضى في فرنسا بأن تأخر البنك في تقديم الكمبيالة للوفاء عن ميعاد الاستحقاق يجعله مسئولاً تجاه عميله (الساحب) الذي تضرر من هذا التأخير بسبب استمراره في تسليم البضاعة، وهو لم يكن ليفعل ذلك فيما لو تم إخطاره في الوقت المناسب بعجز مدينه المسحوب عليه عن الوفاء [4]. على أن مسئولية البنك عن تأخره في تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء لا تترتب بشكل مجرد بل يؤخذ في الإعتبار مهلة الاستحقاق المحددة والوقت الذي أودع فيه الساحب الكمبيالة لدى مصرفه، إضافة إلى المدة التي تستغرقها المعالجة الآلية للكمبيالة سواء لدى مصرف الساحب أو لدى كمبيوتر المقاصة. وترتيباً على ذلك يحدث أحياناً أن ينسب الخطأ إلى الساحب بتأخره في تسليم الكمبيالة إلى بنكه

---

(١) Com., 12 Janvier 1979, Bull. Civ. IV, No 195.

(٢) Paris 9 Juillet 1980, Rev. jur. Com. 1981, p. 301, not Delebecque, banque 1981, 1452, obs. Martin; Trib. Com. Compiègne 2 Juillet 1982: Banque 1982, 1468, obs. Martin.

(٣) Cass. Com. 18 Octobre 1971, JCP, éd. G. 1972, II, 17053, obs. Vézian; Paris, 9 Juillet 1982, Rev. trim. Dr. com. 1983, P. 596.

(٤) Paris, 19 Mars 1987, Dalloz, IR. 1988, p. 49, obs. M. cabrillac.

وانظر أيضاً:

Paris, 19 Mai 1995, Rev. dr. bancaire 1996, p. 25 obs. B. SOUSI-Roubi; com. 16 Janvier 1985, Lexi Laser cass. no 83-15-493 dans R. Routier, op. cit. p. 77 Note No 177.

لتحصيل قيمتها لا سيما إذا أصبح ميعاد الاستحقاق قريباً جداً، ويطلق على الكمبيالة في مثل هذه الحالة الكمبيالة المحروقة effet brûlant .

وفيما عدا الأضرار الناجمة عن أخطاء البنك لا يتحمل هذا الأخير المسئولية عن أية أضرار أخرى تلحق بالساحب نتيجة استخدام المعلوماتية في تحصيل الكمبيالة [1] طالما أعطى ـ أي الساحب ـ موافقته على هذا الخيار الذي يفترض عدم تداول الكمبيالة كورقة تجارية. ولا يكفي للدلالة على تلك الموافقة ما أصدرته البنوك، قبل بدء تطبيق النظام، من إعلان عام لعملائها تضمن التوجهات الجديدة المأخوذ بها. كذلك لا تثبت بشكل قاطع موافقة الدافع على اتباع الإجراء المعلوماتي لتحصيل الكمبيالة من خلال تدوين بياني "بدون نفقة ومحل الوفاء المختار" عليها. فالواقع يشهد بأن بيان بدون نفقة يعد من أكثر البيانات الاختيارية تدويناً على الكمبيالات التقليدية. لذلك وفي حالة عدم ذكر بيان الكمبيالة المقترنة بكشف في صلب الورقة التي يحررها الساحب، تتجه بعض البنوك إلى إبلاغ عملائها في كل مرة تتسلم منهم الكمبيالة بمقتضى نموذج يتضمن الأخذ بنظام المعلوماتية لتحصيل مبلغ الكمبيالة[2].

٨ ـ الآثار القانونية لعدم تداول الكمبيالة :

إذا كان عدم تداول الورقة يمثل أبرز الخصائص الجوهرية المميزة لنظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، فليس ثمة تعارض يذكر مع نصوص قانون الصرف الحالية من ناحية العلاقات التي تربط البنك بالدافع. فالكمبيالة قد تسلم للبنك على سبيل التحصيل أو نقل الملكية سواء ذكر اسم البنك في الحالة الأخيرة كمستفيد أو ظهرت إليه الورقة.

ولا شيء يمنع على الإطلاق، كما سوف نرى لاحقاً، من قبول الكمبيالة

---

(١) كما لو استغرقت المعالجة الآلية للكمبيالة مدة طويلة.

(٢) P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit., p. 156.

الورقية المقترنة بكشف أو ضمانها ضماناً احتياطياً. ومع ذلك فإن حسن أداء هذا النوع من الكمبيالات لوظيفتها يفترض عدم ورود هذين البيانين فيها، أو على الأقل تسليمها إلى البنك خلال مدة مناسبة قبل الاستحقاق وهي تتضمنهما أو أحدهما.

هذا ويلاحظ، كما أشرنا من قبل، أن الكمبيالات التي تخضع للمعالجة الآلية وبالتالي يتوقف تداولها بعد تسليمها إلى البنك هي فقط تلك التي تنشأ "بدون نفقة" أو "بدون احتجاج". أما الكمبيالات القابلة للاحتجاج فيجوز تداولها دون عائق. وتفريعاً على ذلك يجوز مباشرة الرجوع الصرفي عند الامتناع عن الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف بمعزل عن تحرير الاحتجاج باعتبار أن إدراج شرط "بدون احتجاج" في الكمبيالة يضمن لحامل هذه الأخيرة إنتاج نفس الآثار الصرفية كما لو كانت الكمبيالة قد حرر عنها احتجاج. وفي كل الأحوال يجوز للدافع، رغم تضمن الكمبيالة شرط بدون نفقة، تحرير الاحتجاج لعدم الوفاء كوسيلة للضغط على مدينه الممتنع عن الوفاء. فما من شك أن تحرير الاحتجاج في موطن المسحوب عليه، لا سيما إذا كان تاجراً، من شأنه التشهير بسمعته وائتمانه وهو ما يؤكد الأثر التهديدي للاحتجاج الذي يسعى إليه المشرع [1].

أخيراً وفي حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة الكمبيالة، يجوز للدافع طلب استرداد هذه الأخيرة من البنك. بيد أنه قلما تكون للدافع مصلحة حقيقية في هذا الاسترداد ما لم تكن الكمبيالة مقبولة من جانب المسحوب عليه، حيث يمكن استخدام هذا القبول في رفع دعوى صرفية على المسحوب عليه.

---

[1] تجدر الاشارة إلى أن اللجوء إلى إجراء البروتستو آخذ في الانخفاض بفرنسا حيث أن أقل من ١% من الكمبيالات غير المدفوعة جرى تحرير الاحتجاج عنها.

P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit., p. 156.

٩ ـ ثانيا : العلاقة بين المسحوب عليه والبنك :

الأصل أنه يحق للمسحوب عليه استرداد الكمبيالة من الحامل ما دام قد أوفى له بكل قيمتها، ذلك أن قيام المسحوب عليه بالوفاء دون طلب تسليمه الكمبيالة يعرضه لخطر الوفاء بقيمتها مرة ثانية إذا انتقلت فيما بعد إلى حامل حسن النية. على أن استلام المسحوب عليه للكمبيالة بعد الوفاء بقيمتها لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة[1] على هذا الوفاء يستطيع الحامل إثبات عكسها. لذا جرت العادة عند الاستلام على أن يحصل المسحوب عليه من الحامل على تأشير يوقع عليه هذا الأخير باستيفاء قيمتها. وقد أكد المشرع على ذلك عندما نص في المادة ١/٤٢٧ من التقنين التجاري على أنه "إذا أوفى المسحوب عليه الكمبيالة جاز له استردادها من حاملها موقعاً عليها بما يفيد الوفاء".

أما في ظل نظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف فالوضع يختلف. فحجر الزاوية في هذا النظام هو عدم تداول الكمبيالة بل احتفاظ بنك الدافع بها وبالتالي فلا يلتزم بردها إلى المسحوب عليه. صحيح أن هذا الأخير يملك تعليق وفائه بالكمبيالة على تسليمه إياها، لكن الأمر، كما يبدو من ظاهر نص ١/٤٢٧ السابقة، يتعلق برخصة بسيطة يمكن للمسحوب عليه التنازل عنها بقبوله الدخول في النظام المعلوماتي لاستيفاء الأوراق التجارية.

هذا وكانت البنوك المختارة كمحل للوفاء قد أجرت استعلاماً من عملائها المسحوب عليهم قبل بدء تطبيق النظام حول مبدأ التخلي عما جرى عليه العمل من رد الكمبيالة ذاتها إلى المدين الصرفي بعد الوفاء بقيمتها. بيد أنه رؤى من الضروري استكمال هذا الاستعلام بموافقة المسحوب عليه صراحة على التنازل عن حقه في تسلم الكمبيالة لحظة الوفاء[2] . وتأتي هذه الموافقة صراحة من خلال

---

(١) انظر:

Cass. com. 22 Juin 1983: RTD com. 1984, p. 305, obs. cabrillac et Teyssié; cass. Com. 6 Mai 1991: D. 1992, somm. Com. 339, obs. Cabrillac.

(٢) P. leclercq, Y. Gérard, op. cit., p. 156.

إذن الدفع الذى يرسله المسحوب عليه إلى بنكه رداً على الكشف الذي يتلقاه من هذا الأخير.

ولا شك أن مبدأ عدم تداول الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف يثير مشكلة إثبات الوفاء. فهل يترتب على رضاء المسحوب عليه عدم استلام الكمبيالة ذاتها بعد الوفاء بقيمتها حرمانه من أي وسيلة لإثبات براءة ذمته من الدين الصرفي وبالتالي إمكانية تعرضه لخطر الوفاء به مرة ثانية؟ الإجابة بالطبع تأتي بالنفي. فإذا كان استخدام المعلوماتية في مجال تنظيم الأوراق التجارية له مميزاته الجوهرية، إلا أنه ينبغي بالتأكيد عدم إضراره بأي من أطراف هذه الأوراق. لذلك يجري العمل على إثبات الوفاء بقيمة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف عن طريق وسيلة مزدوجة تجمع بين الكشف الذي يحتفظ المسحوب عليه بجزئه الأيسر قبل أن يعيد جزئه الأيمن إلى البنك، ومستخرج حساب المسحوب عليه الصادر من بنكه.

أما بالنسبة لاحتمال تعرض المسحوب عليه للوفاء بقيمة الكمبيالة مرتين فهو أمر كما سنرى غير متصور على الأقل من الناحية النظرية. فأحد دعائم نظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف هو تعهد البنك ضمنياً بالاحتفاظ بالكمبيالة ذاتها لديه وعدم خروجها من تحت حوزته ريثما يطلبها الساحب (أو الدافع) عند الامتناع عن الوفاء. ويلتزم الدافع بحفظ الكمبيالة لديه طيلة مدة سبع سنوات وهي مدة تقادم التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية [1].

ويرد التزام بنك الدافع بالحفظ على الكمبيالة بحالتها كورقة تجارية. بيد أن ذلك من شأنه زيادة عدد الكمبيالات المحفوظة لديه بشكل مفرط، لذا فقد يبدو ملائماً أن يتدخل المشرع بتعديل يسمح بحفظ تلك الكمبيالات في شكل micro-films أو micro-fiches.

---

[1] المادة ٦٨ من التقنين التجاري.

المبحث الثالث

الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

١٠ – تمهيد وتقسيم

من المسلم به أن النظام القانوني للكمبيالة العادية يتأثر بالوظيفة التي تؤديها في الحياة الاقتصادية، فهذه الكمبيالة إلى جانب وظيفتها الاقتصادية كأداة للوفاء، تعد أداة هامة للائتمان. لذا فهي تتضمن عادة أجلاً للاستحقاق. هذا التأجيل في الوفاء يستلزم بلا شك تقديم بعض الضمانات إلى حامل الكمبيالة على نحو يجعله مطمئناً إلى الحصول على قيمتها في ميعاد الاستحقاق.

كذلك فإن الوفاء بقيمة الكمبيالة كورقة تجارية يتم وفقاً لقواعد خاصة خرج بها المشرع التجاري على القواعد العامة في الوفاء، وذلك دعماً للثقة والائتمان في الكمبيالة بوصفها أداة رئيسية وفعالة لتسوية الديون التجارية.

إزاء ما تقدم فإن البحث يدور حول مدى تأثير المعلوماتية على قواعد قانون الصرف سواء تلك المتعلقة بتقديم ضمانات الوفاء بالكمبيالة أو المتعلقة بالوفاء بقيمتها. هذا ما سنلقي عليه الضوء من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في أولهما ضمانات الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، وفي ثانيهما أحكام الوفاء بها.

المطلب الأول

ضمانات الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

لما كان الائتمان يرتبط وطبيعة الكمبيالة العادية كورقة تجارية، فقد كان منطقياً أن يتضمن قانون الصرف ما يدعم هذا الائتمان عن طريق إحاطة الحامل

بضمانات عديدة تكفي لطمأنته إلى استيفاء قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها، وتشجعه أيضاً على قبول التعامل بها كوسيلة للحصول على ديونه التجارية.

١١ – التضامن الصرفي ومقابل الوفاء:

هذا ويأتي في مقدمة الضمانات التي قدمها المشرع لحامل الكمبيالة العادية بهدف حماية حقه في استيفاء قيمتها التضامن الصرفي الذي يجمع كافة الموقعين عليها. إذ كلما تداولت الكمبيالة وكانت محلاً للتظهير دخل المظهر في زمرة الموقعين المسئولين على وجه التضامن قبل الحامل الأخير عن الوفاء بقيمتها فيما لو عجز المدين الأصلي عن ذلك [١]. هذا الضمان تقل أهميته بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. فعلى الرغم من قابلية هذا النوع من الكمبيالات للتداول بوصفها ورقة تجارية، إلا أن فلسفة النظام الذي تخضع له تقتضي كما رأينا عدم تداولها وإنما احتفاظ بنك الدافع بها لديه. لذا يمكن القول أن اللجوء إلى المعلوماتية في استيفاء قيمة الكمبيالة وما يستتبعه من نتائج مفيدة يعتبر بمثابة تنازل ضمني عن بعض الضمانات التي من شأنها تدعيم الائتمان في الكمبيالة لا سيما التضامن الصرفي بين الموقعين عليها.

وإلى جانب التضامن الصرفي يندرج ضمن الضمانات المقررة لحامل الكمبيالة دين الساحب لدى المسحوب عليه الناشئ عن العلاقة القانونية الأصلية التي تربط بينهما، والمسمى اصطلاحاً "مقابل الوفاء". فانشغال ذمة المسحوب عليه بهذا الدين فعلاً أو مستقبلاً هو الذي يسمح للساحب بأن يوجه إليه من خلال الكمبيالة أمراً بدفع قيمتها لمصلحة المستفيد. لذا ارتأى القانون نقل ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل حيث نصت المادة ٤٠٤، فقرة أولى، من التقنين التجاري على أن "تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين". وعلى عكس التضامن الصرفي يظل لمقابل الوفاء أهميته بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة

---

(١) M. Jeantin P. le cannu, op. cit., p. 157.

بكشف خصوصاً وأن هذه الأخيرة تحرر عادة بواسطة الساحب لإذن بنكه الخاصم، فتنتقل بالتالي ملكية مقابل الوفاء إلى البنك الحامل [١]. ومما يزيد من أهمية مقابل الوفاء كضمانة لهذا البنك أن الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قلما تكون، كما سنرى؛ محلاً للقبول من جانب المسحوب عليه، الأمر الذي يجعل هذا الأخير غير ملزم صرفياً تجاه البنك الخاصم وإنما فقط مدين له ـــ أي للبنك ـــ بمقابل الوفاء الذي أصبح مالكاً له.

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاء أن حق الحامل على مقابل الوفاء قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة لا يعدو أن يكون حقاً احتمالياً [٢] أو شرطياً، أي معلقاً على شرط وجود دين للساحب في ذمة المسحوب عليه في هذا الميعاد. وهذا الحق الاحتمالي لا يبلغ من القوة ما يجعله يقضي على حق الساحب في استرداد مقابل الوفاء من المسحوب عليه والتصرف فيه. ومع ذلك يتأكد الحق الاحتمالى للحامل على مقابل الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق إما بقبول المسحوب عليه الكمبيالة، أو بإخطار من جانب الحامل إلى المسحوب عليه بالاحتفاظ بالمبالغ اللازمة للوفاء بقيمة الكمبيالة، أو أخيراً باتفاقه ـــ أي الحامل ـــ مع الساحب على تخصيص مقابل الوفاء، أي تخصيص دين معين للساحب في ذمة المسحوب عليه للوفاء بالكمبيالة[٣]. فإذا لم يكن ثمة قبول للكمبيالة أو إخطار أو تخصيص على الوجه

(١) R. Jacqueline, La lettre de change relevé, Banque, Nọ spécial-Mars 1972, p.16.

(٢) د. ادوار عيد، الاسناد في الأوراق التجارية، ص ٣٢٧، د. سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(٣) ولا مانع في هذه الحالة من أن يرد هذا التخصيص في ورقة مستقلة عن الكمبيالة دون أن يتعارض ذلك مع مبدأ الكفاية الذاتية باعتبار أن تخصيص مقابل الوفاء أمر خارج عن الكمبيالة. والأفضل أنه يكفي إبلاغ المسحوب عليه بهذا التخصيص ليتأكد بذلك حق الحامل على مقابل الوفاء الموجود في ذمته. لكن إذا كان بين الساحب والمسحوب عليه حساب جار، فيجب عندئذ موافقة المسحوب عليه الصريحة أو الضمنية لإخراج أحد الديون من هذا الحساب وتخصيصه للوفاء بالكمبيالة، لأن ذلك يخالف اتفاق الحساب الجاري المبرم بين الطرفين.

المتقدم ذكره، ففقط حلول ميعاد الاستحقاق هو الذي يجعل حق الحامل على مقابل الوفاء محتماً أو مؤكداً.

١٢- القبول والضمان الاحتياطي:

ورغم أهمية الضمانات السابقة للوفاء بالكمبيالة العادية يظل قبول المسحوب عليه والضمان الاحتياطي من أكثر الضمانات فاعلية وسعياً للحصول عليها من جانب الحامل. فالأصل أن ينتظر هذا الأخير حلول ميعاد الاستحقاق حتى يتقدم بالكمبيالة إلى المسحوب عليه طالباً الوفاء بقيمتها. ومع ذلك فقد يساور الحامل الشك في وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، وبالتالي امتثال هذا الأخير لأمر الساحب بالوفاء بالكمبيالة عند الاستحقاق. لهذا فقد أراد المشرع أن يزيل هذا الشك من نفس الحامل، فأجاز له تقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه للقبول قبل الاستحقاق. فإذا وضع المسحوب عليه توقيعه بالقبول على الكمبيالة، أصبح هو المدين الأصلي فيها وملتزماً صرفياً بدفع قيمتها الأمر الذي يجد فيه الحامل ضماناً قوياً يطمئنه إلى استيفاء حقه الصرفي.

وفي ذلك تنص المادة ٤١٦ من التقنين التجاري على أنه "إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة صار ملزماً بوفاء قيمتها في ميعاد استحقاقها. وفي حالة عدم الوفاء يكون للحامل ولو كان هو الساحب نفسه مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة بكل ما تجوز المطالبة به بموجب المادتين ٤٤٤ و٤٤٥".

أيضاً فقد يجد الحامل عدم كفاية الضمانات القانونية في ظل ظروف الكمبيالة التي يحوزها، فيطالب الساحب أو أحد الموقعين على الكمبيالة بإضافة ضمان خاص للوفاء بها. وغالباً ما يتخذ هذا الضمان شكل الكفالة والتي يطلق عليها اسم "الضمان الاحتياطي".

ومن الناحية النظرية فإن نظام الكمبيالة المقترنة بكشف لا يحظر مطلقاً أن

تكون هذه الأخيرة محلاً لأي من القبول أو الضمان الاحتياطي. لكن الواقع العملي يشهد بغير ذلك. فمثل هذه العمليات القانونية تخالف فلسفة الكمبيالة المقترنة بكشف بوصفها ـ العمليات ـ تستلزم الاستخدام اليدوي للورقة مما لا يتلاءم مع مطلب الاقتصاد في الوقت والنفقات روح المعلوماتية المصرفية [1]. وعلاوة على هذا السبب ذى الطابع الفني فإن ثمة سبب نفسي يتعلق بالقبول وهو أن العديد من المؤسسات التجارية الضخمة تتبع سياسة منهجية في رفض القبول بدافع عدم الرغبة في الخضوع لقواعد قانون الصرف القاسية [2]. وكما يرى العلامة Vasseur فإن النموذج الأمثل للكمبيالة المقترنة بكشف هي تلك التي تخلو من القبول أو الضمان الاحتياطي أو التظهير.[3]

أياً ما كان الأمر فبالنظر إلى جواز تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للقبول[4] تحتوي النماذج الصادرة لتلك الكمبيالة عادة على خانة صغيرة لهذا الغرض. وعليه إذا ما سلمت الكمبيالة إلى البنك مدوناً عليها الرمز المعلوماتي le codage informatique للقبول، صار لزاماً على البنك تقديمها للقبول. ولا يلجأ الساحب إلى تدوين بيان طلب القبول على الكمبيالة إلا إذا أراد أن يطمئن إلى موقف المسحوب عليه منها ومدى اتجاه نيته إلى الوفاء بها عند الاستحقاق.

وتقضي القواعد العامة في قانون الصرف بأنه إذا لم يقم الحامل بتقديم الكمبيالة للقبول تنفيذاً لرغبة الساحب المبينة في شرط القبول، فإنه يعد حاملاً مهملاً

---

(١) انظر في هذا المعنى: J. Devére, op. cit., p. 185

(٢) M. Chanteux-Bui, le refus d'accepter une lettre de change, RTD com. 1978 p. 707.

(٣) Vasseur, op. cit. p. 34.

(٤) انظر في هذا المعنى:

Cass. Com. 30 Juin 1998: D. 1999, somm. 150, obs. Cabrillac; Bull. Civ. IV, No 212; D. Affaires 1998. 1448, obs.X.D.; Gaz. Pal. 20-24 Août 1999, p. 14, obs. Guével.

وبالتالي يسقط حقه في مباشرة الرجوع الصرفي[1] إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق [2].

هذا وقد تقدم الكمبيالة المقترنة بكشف للقبول إما بواسطة الساحب نفسه أو بواسطة بنكه الذي سلمه إياها. ولا تثير الحالة الأولى رغم ندرتها أية مشكلة، إذ يسعى الساحب إلى الحصول على قبول المسحوب عليه على الكمبيالة قبل أن يسلمها إلى البنك. لكن قد يتسلم البنك الكمبيالة دون أن تكون محلاً لقبول المسحوب عليه. والأصل في هذه الحالة أن ينهض البنك فوراً لأداء مهمته في استيفاء قيمة الكمبيالة عن طريق استخدام المعلوماتية. ومع ذلك فقد تسلم الكمبيالة إلى البنك على سبيل التحصيل في الوقت الذي تكون فيه تعليمات الساحب إليه قد تضمنت تكليفه بالحصول على القبول. وقد يأخذ التسليم شكل الخصم فيبادر البنك الخاصم إلى الحصول على قبول المسحوب عليه قبل بدء المعالجة الآلية للكمبيالة. ولا شك أن تقديم الكمبيالة للقبول في أي من هاتين الحالتين من شأنه أن يقلل من فعالية نظام الكمبيالة المقترنة بكشف لما يؤدي إليه ذلك من الاستخدام اليدوي للورقة وطول في الوقت [3].

وتفسير ذلك أنه متى قدمت الكمبيالة المقترنة بكشف إلى المسحوب عليه،

---

(1) وجدير بالاشارة أن الحامل المهمل لا يسقط حقه في الرجوع على الساحب ما لم يكن هذا الأخير قد أوجد مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق. وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا الرجوع على المسحوب عليه. (مادة ٢/٤٤٧ تجاري).

(2) المادة ٣/٤٤٧ من التقنين التجاري.

(3) وقد يبدو لأول وهلة إمكانية الاستفادة من نص المادة ٤٥٩، فقرة أولى، من التقنين التجاري والتي تجيز سحب الكمبيالة من نسخ متعددة يطابق بعضها بعضاً. وعليه يمكن سحب الكمبيالة المقترنة بكشف من نسختين ترسل إحداهما للقبول في حين يحتفظ البنك بالنسخة الأخرى لديه. بيد أن هذه العملية بدون فائدة عملية حيث سيتوجب على البنك حينئذ إنتظار الكمبيالة المرسلة للقبول قبل أن يبدأ في عملية التحصيل المعلوماتي لقيمتها.

فإن له أن يقبلها أو يرفض قبولها على الفور. لكن الغالب عملاً أن يحتاج المسحوب عليه بعض الوقت قبل إصدار قراره بالقبول أو الرفض حتى يستطيع مراجعة دفاتره التجارية وحساباته مع الساحب ليتأكد من وجود مقابل الوفاء لديه في ميعاد الاستحقاق. لذلك فقد منحه القانون الحق في طلب عرض الكمبيالة عليه مرة ثانية في اليوم التالي للعرض الأول. فنصت المادة ٤١٢، فقرة أولى، من التقنين التجاري[١] على أنه "يجوز للمسحوب عليه أن يطلب تقديم الكمبيالة للقبول مرة ثانية في اليوم التالي للتقديم الأول. ولا يقبل من ذوي المصلحة الإدعاء بأن هذا الطلب قد رفض إلا إذا ذكر في الاحتجاج". وتفادياً لأية أخطار يمكن أن تنجم من تسليم الكمبيالة للمسحوب عليه فقد نص المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة السابقة على أنه "لا يلزم حامل الكمبيالة المقدمة للقبول بالتخلي عنها للمسحوب عليه".

يبين إذن مما تقدم أن عملية تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للقبول والحصول عليه قد تستغرق وقتاً. وهذا ما دعا البنوك لرفض الموافقة على التقديم لحساب عملائها ما لم يكن ميعاد استحقاق الكمبيالة محل التقديم للقبول بعيداً [٢].

وباعتباره تصرفاً قانونياً يعبر من خلاله المسحوب عليه عن إرادته التعهد صرفياً بالوفاء بالكمبيالة، يخضع القبول سواء تعلق الأمر بالكمبيالة العادية أو المقترنة بكشف لذات الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في الالتزام الصرفي من أهلية ورضاء ومحل وسبب. علاوة على ذلك فإن للقبول شأنه شأن سائر الالتزامات الصرفية شكلاً معيناً يتمثل في الكتابة. وقد أجاز المشرع مجرد توقيع المسحوب عليه واعتبره بمثابة قبول دون حاجة لاقترانه بأي بيان آخر [٣]،

---

(١) المادة ٢٤ من قانون جنيف الموحد.

(٢) J. Devére, op. cit. p. 185.

(٣) المادة ٤١٣ من التقنين التجاري.

ولكن شريطة أن يكون التوقيع على وجه الكمبيالة تطبيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية [1].

ويثير القبول من هذه الناحية مشكلة أخرى إذا ما ورد على الكمبيالة المقترنة بكشف. فتوقيع المسحوب عليه على هذه الأخيرة يجعله ملتزماً صرفياً بها بحيث لا تبرأ ذمته ما لم يكن وفاؤه قد تم بناء على النسخة التي تحمل توقيعه. وفي ذلك تنص المادة ٤٦٠، فقرة أولى من التقنين التجاري، على أنه "..... ومع ذلك يبقى المسحوب عليه ملتزماً بالوفاء بمقتضى كل نسخة وقع عليها بالقبول ولم يستردها". وبالتالي فإن المسحوب عليه عادة ما تكون لديه الرغبة في استرداد الكمبيالة المقبولة بعد الوفاء بقيمتها وهو ما يتعارض مع أحد دعائم نظام الكمبيالة المقترنة بكشف والمتمثل في احتفاظ بنك الساحب بالكمبيالة ذاتها لديه. وبطبيعة الحال فإن الحل عندئذ لا يخلو من أحد أمرين إما عدم دخول المسحوب عليه القابل في نظام الكمبيالات المقترنة بكشف أو الضغط على الساحبين بهدف عدم تقديم هذه الكمبيالات للقبول، وهذا هو الغالب عملاً [2].

والأصل طبقاً للقواعد العامة أنه إذا قدمت الكمبيالة العادية إلى المسحوب عليه للوفاء، فإن مصلحة هذا الأخير تقتضي منه التحقق بداءة من بيان القبول عليها حيث لا تبرأ ذمته من الدين الصرفي الملتزم بأدائه، كما أشرنا من قبل، إلا إذا كان وفاؤه قد تم بناء على النسخة المقبولة. وإذا كانت الكمبيالة تتضمن تعييناً لبنك المسحوب عليه كمحل مختار للوفاء [3]، صار واجب التحقق من بيان القبول على عاتق هذا البنك عند الوفاء. هذا الوضع سيتغير حتماً فيما لو ورد القبول على

---

(1) أما القبول على ورقة مستقلة فكما هو معروف لا يمكن اعتباره قبولاً في مفهوم قانون الصرف. بيد أن هذا لا يعني أنه باطل، فهو ينتج آثاراً قانونية طبقاً للقواعد العامة للالتزامات بحث يعتبر تعهداً بالوفاء يترتب على عدم تنفيذه مسئولية المسحوب عليه عن التعويض.

(2) Vasseur, op. cit., p. 35.

(3) وهذا ما تجيزه المادة ٣٨٢ من التقنين التجاري بنصها على أنه "يجوز أن تكون الكمبيالة مستحقة الوفاء في موطن شخص من الغير سواء في الجهة التي بها موطن المسحوب عليه أو في أية جهة أخرى".

الكمبيالة المقترنة بكشف. فمن المسلم به طبقاً لنظام هذه الكمبيالة أنها لا تصل بذاتها عند الوفاء إلى يد المسحوب عليه، بل فقط يرسل إليه بواسطة بنكه كشفاً بالكمبيالات المسحوبة عليه ليعطي الإذن بدفع ما يوافق عليه منها. لذا فالأمر يتطلب من المسحوب عليه توخي الدقة والحذر في الكمبيالات موضوع الإذن بالدفع وما إذا كان الكشف يتضمن قبولها من عدمه، وذلك حتى لا يتعرض لخطر الوفاء بالكمبيالة مرتين.

ومما لا شك فيه أن بنك المسحوب عليه مسئول عن سلامة نقل كافة البيانات المدرجة في الدعامة الممغنطة التي يتلقاها من كمبيوتر المقاصة إلى الكشف الذي يرسله بدوره إلى عميله. ومن ثم فهو يتحمل جزءاً من المسئولية فيما لو أهمل مثلاً الاشارة إلى بيان القبول في الكشف رغم تدوينه في الدعامة الممغنطة التي وصلته من كمبيوتر المقاصة. ويشارك البنك المسئولية عميله المسحوب عليه إذا ما رفض الإذن بالوفاء، وذلك لإخلاله بالالتزام بالمراجعة والفحص [1].

وإذا كان ما سبق يتعلق بالقبول، فإن الضمان الاحتياطي في الكمبيالة المقترنة بكشف غير مستبعد أيضاً من الناحية النظرية. وآية ذلك تخصيص خانة له على وجه النموذج الصادر لهذا النوع من الكمبيالات. غاية الأمر أن أهميته من الناحية العملية قد تضاءلت في الكمبيالة المقترنة بكشف عنها في الكمبيالة العادية. فتيسيراً لتداول هذه الأخيرة وغيرها من الأوراق التجارية، يذيع في العمل استخدام الكفالة المصرفية (الضمان الاحتياطي). لذا قلما توجد في الواقع كمبيالات مسحوبة على إحدى الشركات دون أن تكون مضمونة من جانب مديرها [2]. والغالب أن يكون الضامن الاحتياطي بنكاً أو قريباً أو أي شخص معروف باليسار.

---

(1) Vasseur, op. cit., p. 36.

(2) H. Sinay. La situation juridique du donneur d'aval, RTD com. 1953, p. 17; Montout Roussy, la situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D. 1974, chron. P..197.

أما بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف فحيث يغيب تداولها تقتصر الاستفادة من الضمان الاحتياطي عملاً على الساحب وكذلك المسحوب عليه القابل باعتباره المدين الأصلي في الكمبيالة وأول شخص يطالبه الحامل بالوفاء عند ميعاد الاستحقاق. فالساحب على سبيل المثال قد يحرر الكمبيالة لإذن نفسه ثم يحتاج إلى ضمان إلتزامه الصرفي عند تظهيرها إلى البنك مثلاً لا سيما في الحالة التي تكون فيها هذه الكمبيالة غير مقبولة.

أياً ما كان الأمر فإن التساؤل يفرض نفسه في هذا المقام حول أثر الاعتراف بصحة الكتابة الإلكترونية[1] في مجال الأوراق التجارية بشكلها التقليدي. والمسألة تتعلق على وجه الخصوص بالضمان الاحتياطي حيث خرج المشرع التجاري في بعض الدول[2] عن مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية، فلم يستوجب كتابة هذا الضمان على الكمبيالة ذاتها أو على الوصلة المرفقة بها[3] وإنما سمح

---

(1) انظر على سبيل المثال تعديل قانون الإثبات الفرنسي الذي أقر الكتابة والتوقيع الإلكتروني:

L. No 2000-230, 13 Mars 2000, portant adaption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique: JO 14 Mars 2000, p. 3968.

راجع موقع وزارة العدل الفرنسية على شبكة الانترنت

www.justice.gouv.fr

وانظر أيضاً حول هذا التعديل:

P. Nataf et J. Lightburn, la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information: JCPE 2000, p. 836. Pierre-Yves Gautier et X. Linant de Bellefonds, De l'ecrit électroniques et des signatures qui s'y attachent, JCP éd. G. No 24-14 Juin 2000, p. 1113; Thierry PIETTE – COUDOL, La signature électronique, Éditions Litec, 2001.

(2) كفرنسا ولبنان.

(3) انظر المادة Art. L. 511 - 21 من التقنين التجاري الفرنسي والمادة ٣٤٦، فقرة أولى، من التقنين التجاري اللبناني. عكس ذلك المشرع المصري الذي يشترط في الضمان الاحتياطي أن يكون على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة متصلة بها (المادة ١/٤١٩ تجاري).

أيضاً بأن يرد في ورقة أو صك مستقل[1] يبين المكان الذي أعطي فيه الضمان الاحتياطى[2]. والأمر كذلك فهل يجوز أن يتخذ الضمان الاحتياطي شكل الكتابة الإلكترونية المذيلة بتوقيع من ذات الطبيعة على دعامة ممغنطة؟

لقد أبدت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) رأيها في هذا الموضوع حينما قضت في حكم سابق لها بعدم صحة توقيع الضامن الاحتياطي المتمثل في استخدام رمز معلوماتي "clé informatique" [3]. ومع ذلك فمن الراجح أن هذا الرأي سيتغير تماماً بعد إقرار المشرع الفرنسي صراحة للتوقيع الإلكتروني. ويدعم

---

(1) جدير بالإشارة أن معاهدة جنيف قد أجازت لكل دولة موقعة عليها أن تبدي تحفظاً على القانون الموحد يجيز لها الخروج على مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية وتقرير صحة الضمان الاحتياطي الوارد في صك مستقل. وقد روعي في هذا الحكم مصلحة الملتزم المضمون، حيث يمكن رفع الحرج عنه في ظهور الضمان بالكمبيالة وما ينطوي عليه من التشكيك في قدرته على الوفاء. (نقض مدني مصري، الطعن رقم ١١٩ سنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٣١ س ١٨، ص ١٥٨٤، د. أحمد حسني، المرجع السابق، ص ١٩٢). علاوة على أن إجازة الضمان الاحتياطي بصك مستقل يسمح من الناحية العملية بضمان عدة أوراق تجارية مرة واحدة.

أما بالنسبة للقبول فيجب أن يرد على الكمبيالة ذاتها (مادة ٤١٣ فقرة أولى تجاري). فالقبول على ورقة منفصلة على الكمبيالة لا ينتج آثاراً صرفية وإنما يعتبر بمثابة تعهد بالوفاء promesse de paiement يلزم المسحوب عليه القابل وفقاً للقواعد العامة.

Com 22 Février 1954: D. 1954. p. 311; Banque 1954, p. 244, obs. Marin; RTD com. 1954. p. 367, obs. Becqué et H. cabrillac-Montpellier, 13 Jan. 1950: JCP 1950. II. 5624; Banque 1950. p. 301, obs. Marin; RTD. Com. 1950. p. 247, obs. Houin.

(2) Cass. Com. 11 Janv. 1972: RTD com. 1972. p. 662, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

ويفيد هذا البيان على وجه الخصوص في العلاقات الدولية، إذ يمكّن الحامل من التحقق من صحة الضمان حيث يخضع شكل الإلتزام الصرفي لقانون الدولة التي نشأ فيها.

(3) Cass. Com. 26 Nov. 1996: Bull. Civ. IV, No 285; D. 1997. somm. 262, obs. Cabrillac; D. Affaires 1997. p. 157; RTD com. 1997. p. 119, obs. Cabrillac; Banque Janv. 1997. p. 90. obs. Guillot; JCP. Éd. E 1997. 11. p. 906, note Bonneau. V. cocl. Piniot, RJDA 1997, p. 3.

هذا القول نص الفقرة الثالثة من المادة ١٣٠ من التقنين التجاري الفرنسي[1] الذي يجيز كتابة الضمان الاحتياطي في صك مستقل يبين المحل الذي أعطي فيه، وكذلك الفقرة الرابعة من ذات المادة التي توضح إمكانية التعبير عن هذا الضمان بكلمات "صالح للضمان" أو عبارة أخرى مماثلة يوقع عليها الضامن. فطبقاً لهذين النصين لا يشترط القانون سوى أن يكون الصك المستقل موقعاً من الضامن الاحتياطي، ومن ثم فلا شيء يمنع مطلقاً من أن يتخذ هذا الصك شكلاً إلكترونياً[2].

وهكذا يبين مما تقدم أن أفول مبدأ تداول الكمبيالة نتيجة لاستخدام المعلوماتية في معالجة الأوراق التجارية وخصوصاً الكمبيالة قد استتبع بالضرورة تضاءل الحاجة إلى الضمانات التقليدية للوفاء.

المطلب الثاني

أحكام الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

١٣ ــ تمهيد وتقسيم:

من المسلم به أن الكمبيالة كورقة تجارية تتميز بكونها أداة وفاء تقوم مقام النقود في التعامل، كما أنها أداة ائتمان تتضمن عادة أجلاً للاستحقاق. ومن ثم لا يلتزم المدين الصرفي من ناحية بالوفاء بقيمتها إلا في ميعاد الاستحقاق، ومن ناحية أخرى فإن الدين الصرفي دين مطلوب، بمعنى أن الحامل الأخير يلتزم بتقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق مطالباً إياه بالوفاء.

والكمبيالة مآلها الطبيعي هو الوفاء الفعلي بقيمتها على نحو يترتب عليه

---

(١) وتقابل المادة L. 511-21 من التقنين التجاري بعد تعديله.

(٢) François Guy Trébulle, l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, Revue de droit bancaire et financier No 2, 2000, p. 114.

انقضاء الالتزام الصرفي الثابت فيها. ولا شك أن استيفاء قيمة الكمبيالة هو الغاية التي يتطلع إليها الحامل عند حلول ميعاد الاستحقاق، فهو لم يقبل في الأساس التعامل بالكمبيالة إلا لثقته في الحصول على قيمتها في ميعاد استحقاقها. ودعماً للثقة في الكمبيالة اللازمة لتداولها فقد تضمن قانون الصرف عدداً من القواعد الخاصة للوفاء خرج بها المشرع على أحكام القواعد العامة. والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام يدور حول مدى تأثير ظلال المعلوماتية على أحكام الوفاء بالكمبيالة الواردة في قواعد قانون الصرف.

وقبل أن نتقصى الإجابة على هذا السؤال، يلاحظ بداءة أن أعلى درجات الخصوصية التي يتميز بها نظام الكمبيالة المقترنة بكشف إنما تظهر في تقديم الكمبيالة والوفاء بقيمتها. صحيح أن القواعد العامة للوفاء بالكمبيالة تظل قابلة للتطبيق، لكنها تترك مكانها عملاً لصالح أحكام أخرى تأخذ في الاعتبار متطلبات المعلوماتية [1].

وقد جرت العادة على دراسة الوفاء بالكمبيالة العادية من خلال الحديث عن ميعاد استحقاقها وكذلك تقديمها للوفاء، وأخيراً الوفاء الفعلي بها. أما بالنسبة للوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف فسوف نقتصر فقط على بحث المسائل التي تثير مشكلة بسبب خصوصية نظام هذا النوع من الكمبيالات، وهي على التوالي تقديم الكمبيالة للوفاء، وإثبات الوفاء، وأخيراً الوفاء الجزئي والامتناع عن الوفاء. أما ميعاد الاستحقاق فقد أشرنا من قبل إلى أن تحديده إما بمجرد الإطلاع أو في تاريخ محدد. وفيما يتعلق بطريق الوفاء فهو وحيد، إذ يتم الوفاء دائماً بالقيد على حساب المسحوب عليه المدين [2].

---

(١) M. contaminc-Raynaud et J.-L. Rives- Lange, op. cit., No 330 et s.

(٢) M. Vivant, c. le stanc, op. cit., p. 1330.

الفرع الأول

تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء

تقضي القواعد العامة بضرورة تقديم الكمبيالة للمسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق، وذلك كإجراء أولي يجب على الحامل القيام به لاستيفاء قيمتها. فالدين الصرفي مطلوب وليس محمولا، بمعنى أن الدائن وليس المدين في الكمبيالة هو الذي يسعى في طلب الوفاء بقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق. وتفسير هذا أن الكمبيالة بوصفها أداة ائتمان تتداول من يد لأخرى مما لا يتسنى معه للمدين معرفة الحامل الأخير لها عند الاستحقاق [1]. ويتعين على الحامل أن يقدم الكمبيالة ذاتها للوفاء، ومن ثم لا يعتبر إبراز صورة الكمبيالة للمسحوب عليه بمثابة تقديم لها.

والوضع يختلف بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف، إذ يجري تقديم هذه الكمبيالة للوفاء عبر شريط ممغنط ينتقل بين البنوك المعنية. وتتضح طبيعة هذه العملية من خلال قيام البنك المتلقي للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف بتجميع كافة الكمبيالات المستحقة في ميعاد معين ثم نقل بياناتها على دعامة ممغنطة. ومتى أتم البنك هذا الإجراء، فإنه يحتفظ بالكمبيالة الورقية لديه ويجب عليه خلال ثمانية أيام قبل ميعاد الاستحقاق إرسال الدعامة الممغنطة إلى كمبيوتر المقاصة ordinateur de compensation الذي يقع في دائرته البنك الحامل.

ويقع على كمبيوتر المقاصة واجب فرز الكمبيالات المحمولة على دعائم ممغنطة وإعادة إرسالها على دعائم أخرى من ذات النوع إلى البنوك المختارة كمحل لوفاء كل بحسب عملائه المسحوب عليهم [2]. وعليه فالبنك المختار لا يتلقى

---

(1) Paris 31 Mai 1983, D. 1984, IR, p. 72.

(2) ومن هنا تظهر أهمية بيان محل الوفاء المختار كأحد البيانات التي تتضمنها الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف.

كمبيالة ورقية وإنما شريطاً ممغنطاً. وتنحصر مهمة هذا البنك عندئذ في إخطار كل من عملائه بوجود الكمبيالات المستحقة عليه في حوزته. ويتم الإخطار عن طريق كشف يرسل إلى العميل المسحوب عليه قبل ميعاد الاستحقاق بيومين، ويتضمن هذا الكشف ورقتين: الأولى عبارة عن طلب إذن بالدفع، وترد بواسطة المسحوب عليه إلى بنكه بعد أن يدون بها تعليماته اللازمة للوفاء أو لرفض الوفاء. أما الورقة الأخرى في الكشف فهي نسخة طبق الأصل من إذن الدفع، وهذه يحتفظ بها المسحوب عليه لديه [١].

وهكذا يبين أن تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف عبر الدعامة الممغنطة يفترض وجود علاقة بين بنكين، بنك الدافع وبنك المدين المسحوب عليه. وتتشابه الكمبيالة من هذه الوجهة مع الشيك المسطر chèque barré [٢] والذي لا يجوز تقديمه إلى البنك المسحوب عليه للوفاء إلا بواسطة بنك آخر لحساب أحد عملائه [٣]. وتفريعاً على ذلك فهي مثله ترتب حماية ضد المخاطر المتولدة عن الضياع أو السرقة [٤]. وإذا سلمت الكمبيالة إلى البنك بهدف تحصيلها وجب على هذا الأخير الحفاظ عليها وإتخاذ كافة الإجراءات للحيلولة دون ضياعها "فمن يلجأ إلى بنك ينتظر منه ما لا ينتظر من غيره، إذ ينتظر منه جهداً ومهارة واحتياطات غير عادية بما يملك من

---

(١) Jcantin et le cannu, op. cit., p. 272, Rives-Lange et contamine-Raynaud, op. cit., p. 328-329.

(٢) والتسطير هو وضع خطين متوازيين على صدر الشيك من جانب الساحب أو الحامل (مادة ١/٥١٥ تجاري).

(٣) Rives-Lange et contamine-Raynaud, op. cit., p. 303 et sec.

(٤) فيتعذر على من يعثر على الشيك المسطر بعد ضياعه أو من يسرقه أن يحصله بنفسه، كما يتعذر عليه تكليف أحد البنوك بتحصيله لأنها لا تقوم بذلك عادة إلا لحساب عملائها ولا ترتضى تحصيل الشيك لحساب الغير إلا إذا تأكدت من شخصية وموطن حامله. ومن ناحية أخرى لا يجوز لبنك أن يتسلم شيكاً مسطراً لوفاء قيمته إلا من أحد عملائه أو من بنك آخر، كما لا يجوز له أن يقبض قيمة هذا الشيك لحساب أشخاص آخرين غيرهما (مادة ١/٥١٦ تجاري).

وسائل وأدوات غير عادية [1]. ويحق للبنك بالتأكيد أن يجري تأميناً من مسئوليته عن ضياع الكمبيالة التي تلقاها من عميله كما يفعل البنك المركزي بالنسبة لأوراق النقد التي يتولى نقلها إلى بنوك أجنبية في الخارج.

وبطبيعة الحال فإن تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء بواسطة بنك الساحب يتطلب أن تكون هذه الكمبيالة بيد البنك قبل ميعاد الاستحقاق بوقت مناسب حتى يتسنى له معالجتها آلياً وطلب استيفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق. لذلك يجب على الساحب (أو الدافع) تسليم الكمبيالة إلى بنكه خلال ١٢ يوم على الأقل قبل ميعاد الاستحقاق. ويمكن فهم طول هذه المدة من واقع إلتزام البنوك بتسليم الكمبيالة إلى كمبيوتر المقاصة خلال ثمانية أيام على الأقل قبل ميعاد الاستحقاق. ومن ثم فبنك الساحب يملك فقط أربعة أيام من تاريخ تسلمه الكمبيالة لنقل بياناتها إلى دعامة ممغنطة وإرسال هذه الأخيرة إلى كمبيوتر المقاصة [2].

والأصل أن ينهض البنك، بمجرد تسلمه الكمبيالة المقترنة بكشف، لأداء مهمته الخاصة بتقديم الكمبيالة عن طريق المعلوماتية. ومع ذلك يحق للساحب (أو الدافع) أن يطالب باستردادها مرة أخرى للقيام بتعديل أي من بياناتها كمد أجل الاستحقاق أو تغيير مبلغ الكمبيالة. على أن هذا الحق مقيد بضرورة ممارسته خلال مدة اليومين الأولين من تاريخ تسليم الكمبيالة إلى البنك. أما إذا سلمت الكمبيالة للبنك على سبيل التحصيل ولم يمارس الدافع حقه في الاسترداد خلال المدة المحددة، تصبح الوكالة الممنوحة إلى البنك المحصل نهائية لا رجعة فيها حيث تسير الأمور في اتجاه تقديم الكمبيالة للوفاء [3]. ولا شك أن هذا الحكم يراعي مصلحة الدافع في إجراء التعديل وكذلك مصلحة البنك الذي يحتاج إلى بعض

---

(1) أ. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، بند ٩٥١.

(2) Vasseur, op. cit., p. 44.

(3) Vasseur, op. cit., p. 45.

الوقت لنقل الكمبيالات المسلمة له على الدعامات الممغنطة تمهيداً لإرسالها إلى كمبيوتر المقاصة.

١٤ – تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى كمبيوتر المقاصة [١]:

تقضي القواعد العامة بأن يلتزم الحامل بتقديم الكمبيالة للوفاء بقيمتها في مكان الاستحقاق المبين بها. فإذا لم يذكر بيان هذا المكان في الكمبيالة، فإنها تكون مستحقة الوفاء في المحل المذكور بجانب اسم المسحوب عليه والذي يعد محلاً للوفاء ومحلاً لإقامة المسحوب عليه في نفس الوقت [٢]. وإذا تضمنت الكمبيالة شرط الوفاء في محل مختار، وجب الوفاء في هذا المحل [٣].

هذا وقد اعتبر المشرع، طبقاً لنص المادة ٤٢٦، فقرة ثانية، من التقنين التجاري، تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة[٤] المعترف بها قانوناً في حكم تقديمها للوفاء، مما يعني أن هذه الغرفة تعد مكاناً ممكناً للاستحقاق [٥]. ويتمشى

---

(١) وقد كان كمبيوتر المقاصة عند نشأته يقتصر في أدائه لعمله على معالجة الكمبيالات المقترنة بكشف، ثم ما لبث أن امتد بعد ذلك لمعالجة كافة الكمبيالات شريطة ألا تكون محلاً لتحرير الاحتجاج وأن تتضمن بياناً بالهوية البنكية للمسحوب عليه ولا تحمل بيان "كمبيالة متداولة".

وجدير بالاشارة أن نظام المقاصة الالكترونية أو ما يطلق عليه نظام المقاصة المرئية بين البنوك [Le Système inter-bancaire de compensation (SIT)] والذي تطور عمله في فرنسا منذ عام ١٩٩٠ يسمح باجراء المقاصة المصرفية دون وساطة البنك المركزي. ومع ذلك يظل هذا الأخير مكلفاً بادراج القيود في الحسابات. Devèze et Pétel, op. cit., p. 170

(٢) المادة ٣٨٠ فقرة ٣ من التقنين التجاري.

(٣) المادة ٣٨٢ من التقنين التجاري.

(٤) جدير بالاشارة أن غرفة مقاصة باريس بفرنسا قد أنشأت عام ١٨٧٢. أما غرفة مقاصة لندن ويطلق عليها هناك Le clearing house فقد أنشأت في بداية القرن XIX. كذلك ظهرت غرف المقاصة في الولايات المتحدة الأمريكية clearing houses associations عام ١٨٥٣. ولا تتمتع غرف المقاصة بالشخصية القانونية، فهي لا تعدو أن تكون تجمع للبنوك في مكان واحد. HAMEL, Banques et operations de banque, T. II, No 865.

(٥) انظر حول غرف المقاصة:

هذا الحكم مع ما يشهده الواقع العملي من زيادة تدخل البنوك في عمليات الوفاء بالكمبيالات، إذ أن هذا الوفاء يتم في معظم الأحيان بطريق المقاصة في العلاقة بين البنك الذي يقوم بالوفاء كمحل مختار وكيلاً عن المسحوب عليه، والبنك الذي يقدم الكمبيالة للوفاء بصفته حاملاً أو وكيلاً عن الحامل [1].

وبدهي أن يفرض التساؤل نفسه في هذا المقام حول مدى إمكانية اعتبار تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى كمبيوتر المقاصة بمثابة تقديم للوفاء. ذلك ما لم تجب عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ سالفة الذكر. فهذه الأخيرة تتحدث عن تقديم الكمبيالة العادية بذاتها إلى غرفة المقاصة، بينما الفرض لدينا أن الكمبيالة المقترنة بكشف لا تقدم على الإطلاق للمقاصة وإنما الشريط الممغنط الذي يحوي بياناتها الإلزامية. كما أن التقديم يتم إلى كمبيوتر المقاصة وليس غرفة المقاصة.

وأمام هذا السكوت من جانب النصوص القانونية يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف عبر الدعامة الممغنطة إلى كمبيوتر المقاصة يتعادل تماماً مع التقديم إلى غرفة المقاصة وبالتالي يعد بمثابة تقديم للوفاء طبقاً لنص المادة ٤٢٦، فقرة ثانية، من التقنين التجاري. فمن ناحية ولئن كان صحيحاً أن الكمبيالة المقترنة بكشف كورقة تجارية لا تقدم بذاتها للمقاصة، إلا أنه من المتفق عليه أن الدعامة الممغنطة تمثل من الناحية القانونية الكمبيالة المقترنة بكشف. ومن ناحية أخرى فإن كمبيوتر المقاصة[2] يدار بواسطة البنك المركزي

Rives-Lange et contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 5² éd. 1990, No 265 s.; Gavalda et stoufflet, Droit du crédit, 1, les institutions, litec 1990, No 408s.

وحول المقاصة بصفة عامة انظر:

Lucas de leyssac, la compensation en droit commercial, Thèse Paris I, 1973.

(1) يذكر أن أكثر من ٨٠% من حالات الوفاء بين البنوك تتم بطريق المقاصة: Devèze et Pétel, op. cit., p. 169.

(2) انظر حول كمبيوتر المقاصة:

M. Perdrix, La réforme des circuits d'échange des effets de commerce, Banque, 1983, p. 991; B. D'HOMME, Banque, 1992, p. 1174, chronique.

والذي هو في النهاية غرفة المقاصة [1].

ويثير تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء في ميعاد الاستحقاق مشكلة مدى مسئولية بنك الساحب (أو الدافع) عن التأخر في هذا التقديم. فقد تحول مقتضيات نظام المعلوماتية دون احترام المدد القانونية للتقديم[2]، فهل يستطيع البنك عندئذ أن يتمسك بالمدد اللازمة للمعالجة المعلوماتية طبقاً للعمل المصرفي أم تثور مسئوليته طالما تعدت هذه المدد تلك المنصوص عليها قانوناً؟

عند تعرضه لتلك المسألة لم يكن القضاء واضحاً في حلها، حيث ذهب أحد

وجدير بالاشارة أن أول كمبيوتر للمقاصة في فرنسا قد بدأ العمل في ٣ يناير عام ١٩٦٩ وكان آنذاك يدار بواسطة البنك المركزي في باريس. أما اليوم فتديره الجمعية الفرنسية للمصارف .A.F.B. وهو يعد بمثابة مركز للسحب والتوزيع، إذ يقوم كل بنك مشارك في صبيحة كل يوم بإرسال دعامة ممغنطة تحوي العمليات التي يعتبر دائناً بها، وعندئذ يتولى كمبيوتر المقاصة فرز هذه العمليات وتصنيفها بحسب البنوك المسحوب عليها، وفي الظهر يستعيد المشارك الدعامة الممغنطة مدوناً عليها العمليات التي تصنفه كمدين. ويجري تسوية الرصيد بين نوعي العمليات بواسطة حسابات مفتوحة لدى المشاركين ومسجلة في دفاتره البنك المركزي.

ومنذ عام ١٩٨٠ وبسبب زيادة العمليات أنشئت في المدن الفرنسية الكبرى أجهزة مقاصة الكترونية بلغ عددها في البداية تسعة ثم ما لبثت أن أصبحت ستة. Jean-Louis Rives-Lange-Monique contamine-Raynaud, op. cit., p. 278.

وقد كان كمبيوتر المقاصة يستخدم في الأصل في معالجة الدعامات الممغنطة التي كانت تحمل أوامر التحويل المصرفي Les ordres de virement وكذلك أوامر النقل المستديمة Les avis de prélèvement . ومنذ عام ١٩٧٣ في معالجة الكمبيالات المقترنة بكشف. وفي عام ١٩٨٧ وبالتحديد في ٣ نوفمبر أصبح من الممكن معالجة الكمبيالات والسندات الإذنية الورقية إذا تضمنت كشفاً بالهوية البنكية.

G. SUANT, La modernisation des technique de paiement et de recouvrement et la rôle du C.F.O.N.B. en 1987, Banque , 1988, p. 332.

(1) Vasseur, op. cit., p. 49, M. Vivant et Le stanc, op. cit., p. 1301, Jeantin et le cannu, op. cit., p. 272, J. Devèze, P. Pétel, op. cit., p. 186.

(2) والمشكلة لا تثور من الناحية العملية إلا بخصوص الكمبيالة المقترنة بكشف المستحقة الوفاء بمجرد الإطلاع.

الأحكام إلى عدم جواز احتجاج البنك في مواجهة العميل بمدد التقديم التي تستغرقها المعالجة الآلية للكمبيالة المقترنة بكشف ما لم يكن العميل قد قبلها [١]. ولا شك أن هذا القضاء محل نظر لا سيما وأن الساحب بموافقته الدخول في نظام الكمبيالة المقترنة بكشف يفترض قبوله ضمناً آثار المعلوماتية. لذلك يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن الساحب لا يمكنه مساءلة البنك عن عدم تقديم الكمبيالة للوفاء في المدد المحددة قانوناً على الأقل إذا كان التأخر عن التقديم معقولاً. على العكس يعد البنك مسئولاً عن أي تأخير غير معقول وعلى نحو يمثل إهمالاً من جانبه [٢].

الفرع الثاني

إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف

أشرنا فيما سبق إلى أن الدعامة الورقية تؤدى في مجال الأوراق التجارية دوراً مزدوجاً. فهي تمثل من ناحية المستند الذي يستطيع بمقتضاه المدعي إثبات صفته كدائن، كما أنها من ناحية أخرى تعد وسيلة لإثبات الوفاء بالدفع. من أجل ذلك فقد نصت المادة ٤٢٧، فقرة أولى، من التقنين التجاري على أنه "إذا أوفى المسحوب عليه الكمبيالة جاز له استردادها من حاملها موقعاً عليها بما يفيد الوفاء".

---

(١) Paris 19 Mars 1987, D. 1988, som. P. 49, obs. Cabrillac.

وإذا كان يلاحظ أن هذا الحكم قد صدر بشأن السند الإذني المقترن بكشف إلا أنه يمكن الأخذ بأسبابه بصدد الكمبيالة المقترنة بكشف. وقد نقض هذا الحكم ولكن لسبب آخر حيث لم يرسل محرر السند إذن الدفع إلى البنك محل الوفاء.

Com. 24 Janvier 1989, RTD com. 1989, p. 273, obs. Cabrillac et Teyssié.

(٢) Douai 11 décembre 1981: D. 1982 IR, 501, obs. Vasseur; RTD com. 1983, 94, obs. Cabrillac et Teyssié; comp. avec Trib. Com. Roubaix 2 Juillet 1980: D. 1980, 519, note Y. Letartre; RTD com. 1981, 108, obs. Cabrillac et Rives-Lange et Trib. Com. Nanterre 27 Septembre 1983: Banque 1983, 1469, obs. L. Martin; RTD com. 1984, 116 obs. Cabrillac et Teyssié.

وطبقاً لهذا النص فإن تسليم الكمبيالة للمسحوب عليه موقعاً عليها بالتخالص من الحامل يعد دليلاً كاملاً على الوفاء.

لكن تطبيق القاعدة السابقة يظل مرتبطاً بالكمبيالة العادية حيث يتعذر مد نطاقها إلى الكمبيالة المقترنة بكشف. ومرد الصعوبة في ذلك هو أن هذه الأخيرة يحتفظ بها بنك الساحب لديه بمجرد تسلمها من عميله ولا يصل إلى بنك المسحوب عليه سوى الدعامة الممغنطة التي تحمل بيانات الكمبيالة. لذا فإن وفاء المسحوب عليه بمبلغ الكمبيالة يتم استناداً إلى الكشف الذي يتلقاه من بنكه المختار كما سبق وأن بينا. والحال كذلك فقد كان لازماً البحث عن وسيلة بديلة تمكن المسحوب عليه من إثبات براءة ذمته من مبلغ الكمبيالة عند الوفاء به.

وقد وجد واضعو النظام حلاً لهذه المشكلة يميز بين ما إذا كان المسحوب عليه قد أوفى بكل الكمبيالات المدرجة بالكشف الذي تلقاه من بنكه أم أذن لهذا الأخير بدفع جزء فقط من هذه الكمبيالات. ففي الحالة الأولى تثبت عملية الوفاء دون حاجة إلى مخالصة عن طريق تطابق كل من الكشف المرسل للمسحوب عليه قبل ميعاد الاستحقاق بقيد المبلغ الإجمالي الوارد بهذا الكشف في الجانب المدين لحسابه في البنك. أما إذا كان جزء من الكمبيالات الواردة بالكشف هي فقط المأذون بدفعها فإن بنك المسحوب عليه يرسل إليه إخطاراً بالدين، أي كشفاً بالكمبيالات المدفوعة، وهو ما يمثل مع مستخرج الحساب دليلاً على الوفاء [1].

هذا ويجيز المشرع التجاري للمسحوب عليه، خروجاً على القواعد العامة، الوفاء جزئياً بمبلغ الكمبيالة [2]. وبديهي أنه لا يترتب على هذا الوفاء استرداد المسحوب عليه للكمبيالة لأن الحامل في حاجة إليها للمطالبة بمقتضاها بالقدر الباقي. لذا يحق للمسحوب عليه أن يطلب تأشير الحامل على الكمبيالة بما يفيد

---

(١) Vivant, Le stanc, op. cit., p. 1301.

(٢) المادة ٤٢٧، فقرة ثانية، من التقنين التجاري.

الوفاء الجزئي وأن يأخذ مخالصة بذلك [1]. أما بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف وحيث يتضمن هذا الأخير كمبيالة واحدة فقط لا يأذن المسحوب عليه لبنكه إلا بسداد جزء من مبلغها فقط، فإن إثبات الوفاء الجزئي يتم بواسطة الإخطار بالدين الذي يرسله بنك المسحوب عليه إلى عميله مع مستخرج الحساب البنكي [2].

وأياً ما كان الأمر فإن إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف على النحو السابق يظل في النهاية إثباتاً ورقياً. ومع ذلك فالتطور الاقتصادي الذي يشهده المجتمع الدولي في الوقت الحالي يدفع العديد من الشركات والمؤسسات سنوياً إلى تحديث نظم إدارتها ووسائل المحاسبة بها من خلال إدخال الحاسب الالكتروني[3] والاتصال بشبكة الانترنت. لذا يحدث كثيراً أن تطلب هذه الشركات والمؤسسات من بنوكها تلقي كشوف الكمبيالات المسحوبة عليهم على دعامات ممغنطة. وفي تلك الحالة يقتصر المسحوب عليه في رده على البنك على إرسال تعليمات مكتوبة تتعلق بالكمبيالات المرفوضة جزئياً أو كلياً، أما ما عدا هذا من كمبيالات أخرى فيتم الوفاء بقيمتها آلياً. يعني ذلك إذن أن عدم ورود أي رد كتابي من جانب المسحوب عليه بعد تلقيه كشفاً بالكمبيالات على دعامة ممغنطة يعني قبوله ضمنياً الوفاء بقيمتها. وهنا يدور البحث عن وسيلة إثبات الوفاء لا سيما وأن المسحوب عليه لا يملك عندئذ سوى مستخرج حسابه البنكي والدعامة الممغنطة التي تلقاها من بنكه. لذا يتجه الفقه الحديث إلى قبول الدعامات الممغنطة كدليل مقنع في

---

(1) المادة ٤٢٧، فقرة ثالثة، من التقنين التجاري.

(2) Vasseur, op. cit., p. 51.

(3) د. محمد مرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، العدد ٤٨، ١٩٩٥، ص ٨٦.

الإثبات شأنها في ذلك شأن الدعامات الورقية تماماً [1].

وعلى الرغم من أن إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف قد وجد وسائله البديلة عن الدعامة الورقية الممثلة في الكمبيالة ذاتها، فإن التساؤل يظل قائماً حول مدى فعالية تلك الوسائل في حماية المسحوب عليه من مطالبته مرة ثانية بالوفاء استناداً للورقة التي يحتفظ بها بنك الساحب في حوزته. فهل يستطيع المسحوب عليه أن يدفع تلك المطالبة بمجرد تقديم كشف الكمبيالة وبيان حسابه البنكي؟ الأمر في هذه الحالة لا يخرج عن أحد فرضين، الأول أن تقدم الكمبيالة المقترنة بكشف، بعد سداد قيمتها، للوفاء بها مرة ثانية من جانب بنك الساحب (الدافع)، والثاني أن يطلب الوفاء بها من جانب بنك آخر تنازل له بنك الساحب على سبيل نقل ملكية الحق النقدي الثابت فيها.

ولا تثور أية صعوبة في الفرض الأول حينما تقدم الكمبيالة المدفوعة للوفاء مرة أخرى من جانب بنك الساحب سواء أكان هذا الأخير قد تسلم الكمبيالة على سبيل التحصيل أم على سبيل الخصم. فيجوز للمسحوب عليه حتى ولو كان قابلاً أن يدفع ببراءة ذمته من مبلغ الكمبيالة في مواجهة الساحب ووكيله البنك، وذلك استناداً إلى كشف الكمبيالة الذي يحتفظ بجزء منه علاوة على مستخرج حسابه البنكي. كذلك وفي الحالة التي تنتقل فيها الكمبيالة للبنك على سبيل نقل الملكية، يمكن للمسحوب عليه ولو كان قابلاً أن يتمسك في مواجهته بوسائل الإثبات الحاضرة (الكشف ومستخرج الحساب) باعتبار أن الدفع بالوفاء ناشئ عن علاقة شخصية بينهما وبالتالي لا يكون محلاً لتطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع في مواجهة الحامل حسن النية.

لكن المشكلة قد تدق فيما لو كانت الكمبيالة المقترنة بكشف قد قدمت للوفاء

---

[1] جدير بالاشارة أن المشرع الفرنسي قد أقر استخدام الدعامات الممغنطة كوسيلة في الإثبات عندما أصدر القانون رقم ٢٠٠٠ ـــ ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس لعام ٢٠٠٠ الخاص بالتوقيع الالكتروني. انظر في نصوص هذا القانون: J.C.P.E. 2000, No 13, p. 572

مرة ثانية من جانب بنك آخر غير بنك الساحب (أو الدافع) تنازل هذا الأخير عنها إليه على سبيل نقل الملكية. وأساس المشكلة يكمن في إمكانية إدعاء البنك مقدم الكمبيالة تجاه المسحوب عليه الموفى بكونه حاملاً حسن النية وبالتالي يحق له استيفاء مبلغ الكمبيالة وإن سبق الوفاء به. على أنه مما يطمئن المسحوب عليه في مثل هذه الحالة هو شبهة سوء النية التي تحيط بعملية التنازل عن ملكية الكمبيالة من بنك الساحب إلى البنك الحامل. صحيح أن المشرع التجاري قد نزل بالبيانات الإلزامية في التظهير الناقل للملكية إلى أدنى حد حيث لم يتطلب سوى توقيع المظهر. وهذا يعني أن تظهير الكمبيالة المقترنة بكشف إلى البنك الحامل سيكون في غالب الأحوال خالياً من بيان التاريخ [1]. ومع ذلك يبقى القول بأن أحد الدعائم الجوهرية لنظام الكمبيالة المقترنة بكشف هو احتفاظ بنك الساحب (أو الدافع) بها لديه ومن ثم عدم تداولها. لذا فخروجها من بين يدي هذا البنك إلى بنك آخر يشكك بالتأكيد في حسن نية هذا الأخير [2]. وتفريعاً على ذلك يجوز للمسحوب عليه أن يرتكن في دفعه لمطالبة البنك الحامل له بالوفاء بالكمبيالة إلى نص المادة ٣٩٧ من التقنين التجاري والتي تقضي بأنه "..... ليس لمن أقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين".

وطبقاً لهذا النص يلزم ويكفي في ذات الوقت لإنزال وصف سوء النية على المظهر إليه (الحامل) أن يكون عالماً بالدفع الذي للمدين الصرفي تجاه المظهر، ثم تلقى الكمبيالة بقصد حرمان المدين من الاحتجاج بهذا الدفع [3]. وتقدير مدى توافر

---

[1] ويفيد تاريخ التظهير في هذه الحالة لمعرفة ما إذا كان قد تم قبل أم بعد انقضاء مدة تقديم الكمبيالة.

[2] وينطبق ذات الحكم في حالة الوفاء الجزئي بالكمبيالة المقترنة بكشف.

[3] ويذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى أن الحامل يعتبر سيئ النية طالما كان يدرك الضرر الذي سيسببه التظهير للمدين الصرفي من حيث استحالة تمسكه بالدفوع الناشئة عن علاقاته مع الساحب أو أي مظهر سابق.

قصد الإضرار بالمدين الصرفي لدى الحامل يدخل بلا شك في سلطة قاضي الموضوع[1]. والعبرة هنا بسوء النية لحظة تلقي الحامل الكمبيالة، أي وقت تظهيرها إليه. [2] وأخيراً يفترض حسن النية في الحامل، وعلى المدين الذي يدعي سوء نية هذا الحامل عبء نقض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن. [3]

إزاء ما تقدم فقد ارتأى البعض[4] ضرورة تعهد بنوك الساحبين (أو الدافعين) بالاحتفاظ بأصل الكمبيالات المقترنة بكشف لديها دون التنازل عنها على سبيل نقل الملكية، وهو الأمر الذي يدعم الثقة فيها ويزيد من طمأنة المسحوب عليهم وأمنهم من خطر المطالبة بقيمة الكمبيالة مرتين على التوالي.

ومما يؤكد على أهمية الرأي السابق إمكانية تعرض المسحوب عليه للمطالبة بالوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف مرتين في ذات الوقت. ويبدو هذا الفرض قائماً

Cass. Com. 26 Juin 1956, sté worms, JCP 1956, II, 9600, note Roblot; Banque 1957, 483, obs. Marin; RTD com. 1957, 147, obs. Becqué et Cabrillac; cass. Com. 13 Janvaier 1987: Bull. IV. No 17 RTD com. 1988, 469, obs. Cabrillac et Teyssié.

(1) Cass. Com. 30 Octobre 1989, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1990, p. 72; Cass. Com. 23 Février 1988, D. 1988, IR. P. 79.

(2) Cass. Com. 30 Janvier 1979; Bull, IV, No 38; Cass. Com. 11 Juillet 1980: Bull. IV, No 283; Cass. Com. 11 Décembre 1980: Bull. IV, No 398; Cass. Com. 4 Novemtre 1982: Bull. IV., No 330; Cass. Com. 31 Janvier 1984: Bull. IV., No 46; Cass. Com. 30 Mai 1983, D. 1984, IR, 72, obs. Cabrillac; Cass. Com. 13 Janvier 1987, Rev. dr. bancaire, 1987, 51, obs. Crédot et Gérard; Paris, 1 re ch. A., 26 Février 1991: RJDA 1991, 287. Adde: Cass. Com. 25 Février 1992: RJDA 1992, 497.

(3) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٨١ سنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/١٥ س ١٨ ص ١٢٧٥، والطعن رقم ٥٣٦ سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ س ٢١ ص ٨١٠، والطعن رقم ١٤٣٨ سنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٨، د. أحمد حسني، المرجع السابق، ص ١٧٨، والطعن رقم ٢٥٨ سنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢١ س ٤٥ ص ١٤٤١، سعيد شعلة، المرجع السابق، ص ١٧٩ و١٨٤.

(4) Vasseur, op. cit., p. 55.

في الحالة التي يظهر فيها البنك الخاصم الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية. فإذا تصورنا قيام البنكين بوضع بيانات الكمبيالة على دعامتين ممغنطتين، لأمكن تلقي المسحوب عليه كشفين من بنكه عن ذات الكمبيالة. عندئذ ولما كانت القاعدة هي أن المسحوب عليه لا يقوم بدفع مبلغ الكمبيالة إلا استناداً إلى وجود مقابل الوفاء لديه، فإنه لا يلتزم بالدفع إلا مرة واحدة فقط. لذا يحق له في الفرض السابق أن يسأل طالبي الوفاء إظهار أصل الكمبيالة المقترنة بكشف على نحو لا يلتزم فيه بالدفع إلا للبنك حائز الكمبيالة وهو بطبيعة الحال البنك الثاني المظهر إليه.

١٥ ـ إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف عند تعدد نسخها:

لا شك أن البحث عن وسائل بديلة لإثبات الوفاء بمبلغ الكمبيالة المقترنة بكشف يفترض حتماً موافقة المسحوب عليه الموفى على الدخول في نظام هذه الكمبيالة، وبالتالي قبول النتائج المترتبة على تطبيقه. ورغم هذا فتلك الموافقة ليست على الدوام أمراً مؤكداً، ذلك أن ما أشرنا إليه سلفاً من إرسال المسحوب عليه لكشف هويته البنكية إلى الساحب لا يعدو في الحقيقة أن يكون قرينة بسيطة على رضائه الوفاء بالكمبيالة طبقاً للنظام المعلوماتي. بتعبير آخر فإن كشف الهوية البنكية تستلزمه أيضاً عمليات أخرى غير الكمبيالة المقترنة بكشف مثل النقل المصرفي وأوامر النقل المستديمة Les avis de prélèvement .

إزاء ما تقدم فقد يستند المسحوب عليه إلى عدم إبداء موافقته الصريحة على سحب كمبيالة مقترنة بكشف عليه، وبالتالي يتمسك بحقه في استلام الكمبيالة بذاتها عند الوفاء بقيمتها إعمالاً لنص المادة ٤٢٧، فقرة أولى، من التقنين التجاري. وهنالك تثور المشكلة فيما لو رفض بنك الدافع الاستجابة لطلب المسحوب عليه.

وحلاً لتلك المشكلة يمكن الاستفادة من نص المادة ٤٥٩، فقرة ثالثة، من التقنين التجاري والتي تقضي بأنه "لكل حامل كمبيالة غير مذكور فيها أنها سحبت من نسخة وحيدة أن يطلب نسخاً منها على نفقته. ويجب عليه تحقيقاً لذلك أن يلجأ إلى من ظهرها له الذي يلتزم بأن يعاونه لدى المظهر السابق، وهكذا حتى يرقى

إلى الساحب". ولا يثير هذا النص أي صعوبة لدى تطبيقه على الكمبيالة المقترنة بكشف باعتبار أن الساحب يقوم عادة بتسليمها مباشرة إلى بنكه المختار. وهكذا تسير الأمور على أساس إنشاء نسخة أخرى تقليدية من الكمبيالة يدون عليها بيان "سند بديل لكمبيالة مقترنة بكشف" "Valeur en remplacement d'une L.C.R." يسلمها الساحب إلى بنكه الطالب والذي يسلمها بدوره للمسحوب عليه عند الوفاء. وبذلك تتحقق مصلحة هذا الأخير في استلام الكمبيالة بمجرد دفع قيمتها دون أن يزعجه كونها نسخة ثانية من الكمبيالة الأصلية التي يحوزها بنك الساحب. فالمادة ٤٦٠، فقرة أولى، من التقنين التجاري تنص على أن "وفاء الكمبيالة بمقتضى إحدى نسخها مبرئ للذمة ولو لم يكن مشروطاً فيها أن هذا الوفاء يبطل أثر النسخ الأخرى".

بيد أن الحل السابق لا ينسجم إلا مع الحالة التي تكون فيها الكمبيالة المقترنة بكشف غير مقبولة. وتبرير ذلك أن المادة ٤٦٠ السابقة في جزئها الثاني تبقى المسحوب عليه ملتزماً بالوفاء بمقتضى كل نسخة وقع عليها بالقبول ولم يَستردها. وبطبيعة الحال فإن الوضع سيتعقد عندما يصر المسحوب عليه على استرداد الكمبيالة المقبولة عند الوفاء بقيمتها. وقد يصل الأمر إلى حد اعتبار البنك الخاصم حامل الكمبيالة ممتنعاً عن استيفاء قيمتها بما يترتب على ذلك من آثار لا سيما فقدان حقه في مباشرة الرجوع الصرفي على الضامنين. لذا يبدو أمراً جوهرياً الحصول على الموافقة الصريحة للمسحوب عليه على الدخول في نظام الكمبيالة المقترنة بكشف قبل التعامل به، تلك الموافقة التي تفيد تنازله عن تقديم الكمبيالة بذاتها إليه ومن ثم عدم مطالبته بتسلمها عند الوفاء [1].

---

(١) Vasseur, op. cit., p. 58.

الفرع الثالث

الوفاء الجزئي والإمتناع عن الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف

١٦ ـ الوفاء الجزئي: Paiement Partiel

الأصل أن ينصب الوفاء على المبلغ المبين في الكمبيالة بأكمله، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بأنه "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" [١].

ومع ذلك فقد خرج قانون الصرف على حكم القواعد العامة حينما أجاز للمدين في الكمبيالة الوفاء جزئياً بقيمتها، فنصت المادة ٤٢٧، فقرة ثانية، من التقنين التجاري على أنه "لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يمتنع عن قبول الوفاء الجزئي". ولا شك أن حكمة المشرع من هذا الخروج تكمن في حماية مصلحة الضامنين الموقعين على الكمبيالة، حيث إن الوفاء بجزء من الدين الصرفي الثابت بالكمبيالة يبرء ذمتهم من هذا القدر الذي تم سداده [٢].

وبدهي أنه لا يترتب على الوفاء الجزئي لمبلغ الكمبيالة استرداد المسحوب عليه لهذه الأخيرة، بل يحق له فقط أن يطلب تأشير الحامل عليها بما يفيد حصول

---

[١] المادة ٣٤٢، فقرة أولى، من القانون المدني.

[٢] المادة ٤٢٧، فقرة رابعة، من التقنين التجاري. وجدير بالاشارة أنه إذا رفض الحامل الوفاء الجزئي المعروض عليه، جاز للمسحوب عليه أن يعرضه عليه عرضاً فعلياً طبقاً للمادة ٤٨٧ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية. بيد أنه لا يجوز للمسحوب عليه إيداع قيمة الوفاء الجزئي وفقاً لأحكام المادة ٤٣٠ من التقنين التجاري لأن هذا الإيداع إنما يشمل كل مبلغ الكمبيالة في حالة عدم تقديمها للوفاء في ميعاد الاستحقاق.

هذا الوفاء وأن يأخذ إيصالاً بذلك [١]. ومن جانبه يجب على الحامل توجيه الاحتجاج بشأن الجزء الباقي من مبلغ الكمبيالة الذي لم يتم الوفاء به [٢].

هذا ولا شيء يمنع الوفاء الجزئي بالكمبيالة المقترنة بكشف بوصفها ورقة تجارية، لكن مثل هذا الوفاء يثير أيضاً مشكلة بالنسبة للكمبيالة المقبولة. فقد يعلق المسحوب عليه وفاءه الجزئي بالكمبيالة على تقديمها إليه ووضع بيان الوفاء عليها. لذا وفي ظل غياب الموافقة الصريحة للمسحوب عليه على النظام المعلوماتي للأوراق التجارية، سيضطر البنك إلى تلبية طلب المسحوب عليه حتى لا يعتبر ممتنعاً على تلقي الوفاء الجزئي. أما إذا كانت الكمبيالة المقترنة بكشف غير مقبولة فيمكن حل المشكلة من خلال إنشاء نسخة ثانية من الكمبيالة في شكلها التقليدي يوضع عليها بيان الوفاء الجزئي.

١٧ ـ الوفاء بالكمبيالة من الملتزمين بها غير المسحوب عليه:

يجوز طبقاً للقواعد العامة لأي موقع على الكمبيالة أُخطر بعدم القبول أو بعدم الوفاء، أو علم بذلك عن أي طريق آخر أن يقوم مختاراً بدفع قيمة الكمبيالة. وما يدفعه إلى هذا الوفاء هو تفادي الدعوى القضائية التي قد ترفع عليه وما ينجم عنها من زيادة النفقات التي يتحملها. كما أن وفاءه بقيمة الكمبيالة من شأنه وقف سريان الفوائد القانونية الذي يبدأ من تاريخ الاستحقاق.

وإذا تهيأ الحامل للرجوع على الملتزمين الضامنين ولم يعرض أي من هؤلاء الوفاء اختياراً بقيمة الكمبيالة فطبيعي أن يبدأ الحامل في مباشرة الرجوع، إذ يقوم برفع دعوى قضائية ضد الملتزمين جميعاً أو ضد من يراه منهم أقدر على الوفاء.

والأصل أنه طالما قام أحد الموقعين على الكمبيالة بالوفاء، جاز له طلب

---

[١] المادة ٤٢٧، فقرة ثالثة، من التقنين التجاري.

[٢] المادة ٤٢٧، فقرة رابعة، من التقنين التجاري.

تسليمها إليه مع الاحتجاج الذي تم تحريره في الميعاد وورقة مخالصة بما تم الوفاء به [1]. وتجنباً لإساءة استعمال الكمبيالة وتعرضه للوفاء بقيمتها مرة ثانية يحق للمظهر الموفى شطب تظهيره وتظهير من جاء بعده [2].

وما من شك في أن فرص تطبيق القواعد السابقة أقل بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف عنها في الكمبيالة العادية. والسبب كما رأينا من قبل يكمن في أفول قابلية الكمبيالات المقترنة بكشف للتداول. فهذه الأخيرة عادة ما تحرر بواسطة الساحب لتسلم مباشرة إلى البنك الخاصم ليتولى استيفاء قيمتها عن طريق المعلوماتية. ورغم ذلك يظل الباب مفتوحاً لغير المسحوب عليه في الكمبيالة المقترنة بكشف ممن وضع توقيعه عليها للوفاء الودي بقيمتها كما يجبر على مثل هذا الوفاء عند الرجوع عليه بالدعوى القضائية. وينطبق هذا القول على الساحب والقابل بالتدخل عنه[3] وكذلك الضامن الاحتياطي عن المسحوب عليه القابل[4] وعن الساحب. أما الساحب فمن المفترض أنه على علم بطبيعة الكمبيالة التي يحررها ككمبيالة مقترنة بكشف، وبالتالي فهو بتسليمه إياها إلى البنك الخاصم قد قبل الخضوع لنظامها الذي يستبعد تسليمها بذاتها للموفي بقيمتها. وأما القابل بالتدخل والضامن الاحتياطي فتوقيعهما على الكمبيالة يعني رضائهما الخضوع لأحكامها التي تتضمن التنازل عن استردادها عند الوفاء بقيمتها.

---

[1] المادة ٤٤٥، فقرة أولى، من التقنين التجاري.

[2] المادة ٤٤٥، فقرة ثانية، من التقنين التجاري.

[3] أما المسحوب عليه فلا يجوز القبول بالتدخل لمصلحته سواء أكان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل لها. إذ لا محل للحديث عن قبول بالتدخل إذا كان المسحوب عليه قد قبل الكمبيالة. وإذا لم يكن قد وقع عليها بالقبول، فإنه لا يعد ملتزماً صرفياً بقيمتها ومن ثم لا يصح التدخل عنه.

[4] بل إنه يجوز كفالة المسحوب عليه غير القابل توقعاً لقبوله، وذلك تأسيساً على جواز كفالة الدين المستقبل طبقاً للقواعد العامة (المادة ١/٧٧٨ مدني). على أن التزام الضامن الإحتياطي في هذه الحالة يكون معلقاً على شرط واقف هو نشأة الالتزام الأصلي في ذمة المضمون أي قبول المسحوب عليه للكمبيالة. فإذا لم يوقع عليها بالقبول عد الضمان الاحتياطي كأن لم يكن تطبيقاً للأثر الرجعي للشرط.

على أن الوضع يختلف بالنسبة للموفى بطريق التدخل Le payeur par intervention وهو الذي يتدخل بالوفاء لصالح أحد الملتزمين بالوفاء بالكمبيالة كالساحب أو الضامن الاحتياطي أو حتى المسحوب عليه القابل. فطبقاً للمادة ٤٥٧، فقرة أولى، من التقنين التجاري يجب بيان الوفاء بالتدخل بكتابة مخالصة على الكمبيالة يعين فيها من حصل الوفاء لمصلحته[١]. ويجب أن تذيل هذه المخالصة بتوقيع الحامل أو وكيله وتوضع على الكمبيالة ذاتها[٢]. ومتى حصل الوفاء بالتدخل فإنه يلزم تسليم الكمبيالة وورقة الاحتجاج، حال حصوله، إلى الموفى بالتدخل [٣]. مثل هذه القواعد التي تتفق وطبيعة الكمبيالة العادية تواجه بعض الصعوبات عند تطبيقها على الكمبيالة المقترنة بكشف. فلا أحد يستطيع التأكيد على إتجاه إرادة الموفى بالتدخل عن أحد الملتزمين في الكمبيالة المقترنة بكشف إلى قبول نظام هذه الكمبيالة وما يترتب عليه من نتائج. وتفريعاً على ذلك إذا رفض البنك الخاصم لتلك الكمبيالة طلب الموفى بالتدخل تسليمه إياها عند حصول الوفاء، فإنه ـ أي البنك ـ يمكن اعتباره بمثابة رافض للوفاء وبالتالي يفقد حقه في الرجوع على كل من كانت ذمته تبرأ بهذا الوفاء. [٤]

وليس من المتصور أن تجد المشكلة حلاً لها في تنازل الموفى بالتدخل عن حقه في استرداد الكمبيالة بعد الوفاء بقيمتها. ذلك أنه على خلاف المسحوب عليه الذي يستطيعُ إثبات الوفاء عن طريق الكشف ومستخرج الحساب البنكي فإن الموفى بالتدخل لا يحوز بين يديه واحدة من هذه الوسائل. بل ويزيد من صعوبة المشكلة

---

(١) وإذا لم يعين الشخص الذي يجري الوفاء لمصلحته عد هذا الوفاء حاصلاً لمصلحة الساحب.

(٢) يستوي في ذلك أن توضع المخالصة على وجه الكمبيالة أو ظهرها.

(٣) المادة ٤٥٧، فقرة ثانية، من التقنين التجاري.

(٤) المادة ٤٥٦ من التقنين التجاري.

أن استرداد الكمبيالة من البنك الخاصم لا يمثل ضمانة لإثبات الوفاء فحسب، وإنما الأهم من ذلك تهيأة الوسيلة للموفى بالتدخل على وجه الخصوص لمباشرة حقه في الرجوع.

١٨ ــ الإمتناع عن الوفاء الكلي بالكمبيالة والرجوع:

الأصل طبقاً لقواعد قانون الصرف أن الكمبيالة تحرر لأجل معين يستطيع المستفيد أو الحامل بحلوله تقديمها للمسحوب عليه واستيفاء قيمتها. فإذا بادر المسحوب عليه بالوفاء في الميعاد فقد برأت ذمته وأيضاً ذمة جميع الموقعين على الكمبيالة وتنقضي هذه الأخيرة إنقضاء طبيعياً. لكن قد يحدث أن يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق لأي سبب كما لو لم يتلق مقابل الوفاء أو كان عاجزاً عن القيام بالوفاء. عندئذ يثبت للحامل حق الرجوع على سائر الموقعين على الكمبيالة باعتبارهم ضامنين للوفاء بقيمتها في مواجهته على وجه التضامن.

ورجوع الحامل على الضامنين لا يقتصر فحسب على حالة الامتناع عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، بل إن هناك حالات أخرى يجيز فيها القانون للحامل استعمال حق الرجوع الصرفي رغم عدم حلول ميعاد الاستحقاق بشأنها مثل حالة امتناع المسحوب عليه عن القبول وافلاسه أو توقفه عن الدفع أو حجز أمواله بدون جدوى وأخيراً حالة افلاس الساحب في الكمبيالة غير الصالحة للقبول [١].

وليس معنى توافر إحدى حالات الرجوع السابقة أن يبدأ الحامل على الفور في مباشرة إجراءات الرجوع على النحو الذي يراه، وإنما يتحتم عليه أن يسلك الطريق الذي رسمه له المشرع وبدايته تتمثل في إثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في ورقة رسمية (الاحتجاج). ومتى أتم الحامل هذا الإجراء التمهيدي، جاز له استكمال الطريق والرجوع على الملتزمين في الكمبيالة.

وإذا كانت القواعد السابقة تتناسب في مجملها مع طبيعة الكمبيالة العادية

---

[١] المادة ٤٣٨ من التقنين التجاري.

كورقة تجارية، فإن استخدام المعلوماتية في معالجة هذه الأخيرة يتطلب بالضرورة تعديل تلك القواعد بما يتلاءم مع طبيعة الكمبيالة المقترنة بكشف.

بداءة وعلاوة على الحالات المألوفة للرجوع على الضامنين تتسع أسباب عدم الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف لتشمل حالات أخرى. فقد يحدث ألا يرسل المسحوب عليه إذن الدفع (الكشف) في الميعاد إلى بنكه المختار. وقد لا تصل الكمبيالة أساساً إلى بنك المسحوب عليه بسبب وجود أخطاء في المعطيات المصرفية coordonnées bancaires حال دون استغلالها، كأن يسيء الساحب كتابة بيان الحساب البنكي للمسحوب عليه على الكمبيالة، أو بخطأ بنك الدافع في نقل هذا البيان إلى الشريط الممغنط الذي ينوي إرساله إلى كمبيوتر المقاصة. بل وقد يحول أيضاً دون الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف وقوع خطأ من جانب كمبيوتر المقاصة أو مركز المعالجة في بنك المسحوب عليه. وتقضي القواعد العامة في هذا الصدد بأن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". لذا ولما كان استخدام المعلوماتية في عمليات البنوك يزيد من احتمالات وقوع الخطأ المصرفي فقد جرت العادة على أن تلجأ البنوك إلى إشتراط إعفاء نفسها من المسئولية ما لم يكن الأمر متعلقاً بخطأ جسيم يمكن نسبته إليها [1].

وأياً ما كان سبب عدم الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف، فلا يجوز تحرير الاحتجاج عن الكشف الذي يرده المسحوب عليه إلى بنكه معبراً فيه عن رفضه الوفاء. فالاحتجاج وفقاً لقواعد قانون الصرف لا يحرر إلا عن الكمبيالة الورقية الصادرة عن الدائن والتي هي في موضوعنا بين يدي بنك الدائن. يضاف إلى ذلك وكما أشرنا من قبل أن الكمبيالة المقترنة بكشف تتضمن شرط الرجوع بدون نفقة

---

(١) Paris, 9 Juillet 1982, Rev. trim. Dr. com. 1983, 569.

وانظر في مسئولية البنك بصفة عامة.

Richard Routier, La resposabilité du banquier, L.F.D.J. 1997.

أو بدون احتجاج [1]. وعليه إذا أراد الدائن أن يحوز وسيلة ردع تمثل احتجاجاً بمعنى الكلمة، فيجب عليه تحرير كمبيالة عادية مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع ودون أن يضمنها شرط "بدون نفقة"، ثم يقوم بتقديمها إلى المسحوب عليه طبقاً للإجراءات التقليدية [2].

ويسبق عملية الرجوع بالكمبيالة المقترنة بكشف بعض الخطوات التمهيدية. وتتلخص هذه الخطوات في قيام بنك المسحوب عليه بنقل كافة البيانات المتعلقة بالكمبيالات غير المدفوعة علاوة على بيانات أخرى جديدة مثل السبب الكودى لعدم الوفاء، وذلك على شريط أو شرائط ممغنطة يتم إرسالها إلى كمبيوتر المقاصة لتسلك مسارها بعد ذلك إلى بنوك الساحبين أو الدافعين. ومتى تسلم البنك الشرائط الخاصة بعملائه فإنه يقيد في الجانب المدين لحساب كل عميل قيمة الكمبيالة غير المدفوعة والتي سبق قيدها في الجانب الدائن لذات الحساب [3].

هذا ويجب على بنك المسحوب عليه أن يسارع في إتخاذ إجراءات رد الكمبيالة أو الكمبيالات غير المدفوعة[4] وإلا تحمل عبء الوفاء بقيمتها[5] كنوع من التعويض. وإذا كان صحيحاً أن البنك المختار كمحل للوفاء يحل محل الموفى له في حقوقه، إلا أنه قد يتعرض لخطر عدم الحصول على تلك الحقوق فيما لو كانت غير مؤكدة أو كان المسحوب عليه معسراً. وفي الحالة الأخيرة وحتى لو كان مبلغ الكمبيالة غير متنازع عليه، فإن بنك المسحوب عليه لا يستطيع أن يطالب برد ما

---

(1) ومن المسلم به في هذه الحالة أن نطاق الإعفاء ينحصر فقط في تحرير الاحتجاج، إذ لا يعفى الحامل من إجراء المطالبة بالوفاء في ميعاد الاستحقاق وإلا اعتبر حاملاً مهملاً وبالتالي يسقط حقه في الرجوع.

(2) Rives-Lange et contamine-Raynaud, op. cit., p. 329.

(3) M. Jeantin, Paul le cannu, op. cit., p. 273.

(4) طبقاً للوائح نظام المقاصة المرئية Système interbancaire de télé compensation (SIT) يجب اتخاذ إجراءات رد الكمبيالة خلال فترة زمنية أقصاها ثمانية أيام.

(5) Cass. Com. 12 Mars 1996, Bull. Civ IV No 79.

دفع بغير حق ما لم يثبت أنه قد قام بالوفاء على سبيل الخطأ[1] وليس على سبيل منح الائتمان للمسحوب عليه [2].

ويختلف استعمال حق الرجوع بالكمبيالة المقترنة بكشف بحسب صفة بنك الساحب (أو الدافع) عند تسلمه إياها. فإذا كان البنك قد تلقى الكمبيالة من عميله على سبيل الخصم، يصبح له الحق في مباشرة الرجوع عليه بمجرد إخطاره عبر كمبيوتر المقاصة بواقعة عدم الوفاء. أما إذا كانت الكمبيالة في حيازة البنك لمجرد التحصيل، فيقع عليه عندئذ واجب إخطار عميله بعدم الوفاء حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الرجوع. وفي مثل هذه الحالة إذا كانت الكمبيالة تحمل قبول المسحوب عليه أو كانت قد تداولت قبل معالجتها آلياً، وجب على البنك ردها لمن سلمها له كي يستعين بها في دعوى الرجوع على الموقعين.

وفي كل الأحوال يجوز للحامل، سواء أكان هو البنك الخاصم أم الساحب (أو الدافع)، أن يستفيد من قرينة مقابل الوفاء المستمدة من القبول طبقاً للمادة ٤٠٣ من التقنين التجاري.

---

(١) ويعد ذلك تطبيقاً للمادة ١٨١ من القانون المدني والتي تنص على أنه "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده. على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء".

(٢) Devèze et Pétel, op. cit., p. 187.

الفصل الثاني

الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف

Lettre de change relevé-magnétique

(الانفصال بين المعلوماتية وقواعد قــانون الصرف)

ما من شك في أن المعلوماتية منذ نشأتها وعلى مدار فترة طويلة قد لعبت دوراً هاماً وبارزاً في مجال الأوراق التجارية بوجه عام والكمبيالة على وجه الخصوص. بيد أن تأثير هذه التكنولوجيا كان قاصراً في البداية على جزء فقط من الحياة القانونية للكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية. وآية ذلك ما أظهرته الدراسة السابقة للكمبيالة المقترنة بكشف من بقاء الدعامة الورقية في العمل واحتفاظها بالتالي بوصفها ككمبيالة تخضع في تنظيمها لقواعد قانون الصرف. ورغم النتائج المفيدة التي أحرزها نظام الكمبيالة المقترنة بكشف في شكلها الورقي، فقد رؤى تبسيط النظام بشكل أكبر عن طريق توسيع نطاق تطبيق المعلوماتية.

ففي ظل التطور التكنولوجي وإدخال نظم المعلوماتية في معظم الشركات والمؤسسات التجارية، يستطيع الساحب منذ البداية إنشاء دعامة ممغنطة تحوي كافة البيانات التي تستلزمها الكمبيالة الورقية في صورتها العادية. وبمجرد إصدارها يقوم الساحب بإرسال هذه الدعامة إلى بنكه الذي يتولى تقديمها للوفاء إلى بنك المسحوب عليه عبر كمبيوتر المقاصة. وهكذا ظهرت في العمل الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف أو ما يطلق عليها الكمبيالة الالكترونية وقد اختفت الورقة

من حياتها تماماً [1]، وهذا من شأنه التسهيل على البنوك والتخفيف من العبء الملقى على عاتقها فيما يتعلق بالعمليات الواردة على الأوراق التجارية [2].

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للكمبيالة الإلكترونية

تشترك الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف مع الكمبيالة الإلكترونية في كونهما معاً أدوات وفاء آلية instruments de recouvrement automatisés حيث يجري بواسطتهما تحصيل الديون عن طريق المعلوماتية. ومع ذلك فالأولى هي في الواقع كمبيالة حقيقية تصدر في دعامة ورقية وتنقل بعد إنشائها على شريط ممغنط هو الذي يتداول فيما بين البنوك لاستيفاء قيمة الكمبيالة، ومن ثم فهذه الكمبيالة تخضع كأصل عام لقواعد قانون الصرف. أما الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف أو الكمبيالة الإلكترونية فهي ليست كمبيالة إلا إسماً فقط [3]. فمن المسلم به فقهاً [4] أن هذه الكمبيالة لا تعتبر، كما قد يفهم من تسميتها، كمبيالة حقيقية بمعنى الكلمة بل

---

[1] جدير بالاشارة أنه لا محل للحديث عن سند إذني ممغنط أو الكتروني، ذلك أن السند الإذني يفترض صدور دعامة ورقية يسلمها المحرر إلى دائنه ليقوم هذا الأخير، إن أراد، بتسليمها إلى بنكه. ومن ثم فالورقة كدعامة للحق الصرفي الثابت في السند الإذني تبدو جوهرية في المرحلة الأولى من حياة السند الإذني المقترن بكشف.

[2] علاوة على ذلك فإن الأخذ بنظام الكمبيالة الالكترونية يؤدي إلى التقليل من نفقات إصدار الكمبيالة الورقية لا سيما رسوم الدمغة الخاصة بها.

[3] M. Vivant et ch. Le stanc, op. cit., p. 130.

[4] Vasseur, op. cit., p. 76; M. Jeantin et le cannu, op. cit., p. 275; Cabrillac, RTD com. 1998, chvika, Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de credit, Dalloz, 2000, No 4, p. 6181.

ولا يمكن إدراجها أصلاً في عداد الأوراق التجارية [1]. والسبب في ذلك أن قواعد قانون الصرف الذي تضمنها الملحق الأول لمعاهدة جنيف تستند في جوهرها على وجود سند ورقي يستخدم كدعامة للبيانات الإلزامية التي تتطلبها الورقة التجارية،[2] وليس هذا هو الحال بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية التي يصل فيها التجريد المادي إلى حد إلغاء الدعامة الورقية تماماً سواء عند الإنشاء أو أثناء حياتها وكذلك عند استيفاء قيمتها. فكأن إلغاء الدعامة الورقية يفقد أداة الوفاء أو الائتمان وصفها كورقة تجارية.

علاوة ما تقدم فإن الكمبيالة تصدر بوجه عام للإذن (أو للأمر) مما يجعلها قابلة للتداول عن طريق التظهير [3]. وطالما أن المشرع التجاري يسلتزم لصحة التظهير الناقل للملكية توقيع المظهر [4]، فأمر بديهي أن تتواجد دعامة ورقية يدون عليها هذا التوقيع وهو ما تفتقده الكمبيالة الإلكترونية. وترتيباً على ذلك فإن غياب السند الورقي يعني فقدان إحدى الخصائص الأساسية بل أخص خصائص الأوراق التجارية وهي صلاحيتها للتداول، وبالتالي عدم انطباق مبدأ عدم الإحتجاج بالدفوع[5] أحد أهم الأسس التي تقوم عليها قواعد قانون الصرف.

وإذا كان غياب الدعامة الورقية عن الكمبيالة الإلكترونية قد حال دون اكتسابها وصف الكمبيالة في مفهوم قانون الصرف، فالأمر يحتاج إلى تدخل

---

(1) Cass. com. 25 Nov. 1997, sté seretal C/CIO, RTD com. 51 (2), Avril-Juin 1998, p. 388.

(2) والأمر ذاته بالنسبة لقانون ضريبة الدمغة حيث تفترض هذه الأخيرة وجود ورقة وهو ما لا يتحقق في الكمبيالة الإلكترونية.

(3) جدير بالاشارة أن المادة ٣٩١، فقرة أولى، من التقنين التجاري تقضي بأن "كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها أنها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير.

(4) المادة ٣٩٣، فقرة ثانية، من التقنين التجاري.

(5) Eyal chvika, op. cit., p. 618.

تشريعي صريح يجيز إنشاء كمبيالة بدون ورقة [1]. أما وأن تلك الأخيرة لم تر النور بعد فلازم ذلك أن أياً من قواعد قانون الصرف غير قابلة للإنطباق على الكمبيالة الإلكترونية. وعليه لا يستقيم الحديث في خصوص هذه الكمبيالة عن التظهير لا سيما الناقل للملكية وما ينجم عنه من نقل ملكية مقابل الوفاء وعدم الاحتجاج بالدفوع. ومن ثم يجوز للمدين الاحتجاج بكافة الدفوع التي كان يحق له التمسك بها في مواجهة الدائن. كذلك لا محل للقبول أو الضمان الاحتياطي وهما من أبرز الضمانات التي يجيزها المشرع لحامل الكمبيالة بهدف حماية حقه في استيفاء قيمتها.

وفي نفس الاتجاه لا تخضع الكمبيالة الإلكترونية لمدد التقديم المنصوص عليها في قانون الصرف بالنسبة للكمبيالة العادية. كما تستبعد أيضاً النصوص المتعلقة بالطابع الآمر لميعاد الاستحقاق، ومن ثم يجوز للقاضي منح المدين في الكمبيالة الإلكترونية مهلة للوفاء بالتزامه تطبيقاً للقواعد العامة [2]. والمعارضة في الوفاء بين يدي هذا المدين جائزة دون إمكانية التمسك بحظرها في غير الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري [3].

وخلافاً لقواعد قانون الصرف التي تقضي بصحة الوفاء الجزئي على نحو

---

[1] وجدير بالاشارة أن نصوص القانون الفرنسي الصادر في ١٣ مارس لعام ٢٠٠٠ والذي أقر الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لا يؤدي بطبيعة الحال إلى منح الكمبيالة الإلكترونية صفة الكمبيالة الصرفية وما يترتب عليها من آثار قانونية لا سيما الرجوع الصرفي.

Reponse ministérielle No 25110: Jo sénat Q, 30 Nov. 2000, p. 4087.

انظر عكس هذا الرأي:

François Guy Trébulle, l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, Revue de droit Bancaire et Finacier, No 2-2000, p. 116.

[2] المادة ٢٧٢ من التقنين المدني.

[3] المادة ٤٣١ من التقنين التجاري.

يجبر معه الحامل على قبول هذا الوفاء من المسحوب عليه، [1] فإن الدائن في الكمبيالة الإلكترونية يمكنه قانوناً التمسك بالمادة ٣٤٢، فقرة أولى، من القانون المدني ونصها "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وإذا لم يطالب الدائن بدينه عند الاستحقاق، فإن المدين في الكمبيالة الإلكترونية لا يستطيع أن يبرء ذمته مباشرة بإيداع مبلغ الدين خزانة المحكمة التي يقع في دائرتها مكان الوفاء كما هو مقرر في قانون الصرف[2]. بل يجب عليه أولاً أن يقوم بعرض المبلغ عرضاً فعلياً طبقاً للقواعد العامة.

أخيراً وليس آخراً وفي الحالة التي يفقد فيها البنك الكمبيالة الإلكترونية التي في حوزته لا مجال لتطبيق الحل المأخوذ به في قانون الصرف والذي سعى به المشرع التجاري إلى إيجاد مخرج لحامل الكمبيالة الورقية عند ضياعها منه. ومن ثم يتحمل البنك المسئولية في مواجهة عميله عن فقدان الشريط الممغنط بسبب خطأه الشخصي[3] ويتوجب عليه عندئذ إبلاغ العميل بواقعة الضياع حتى يتخذ ما يراه من إجراءات للحفاظ على حقه تجاه مدينه.

المبحث الثانى

القواعد الحاكمة للكمبيالة الالكترونية

١٩ - الكمبيالة الإلكترونية تخضع للقواعد العامة للوكالة والنقل المصرفي:

إذا كانت قواعد قانون الصرف قد استعصى تطبيقها على الكمبيالة

(١) المادة ٢/٤٢٧ من التقنين التجاري.

(٢) المادة ١/٤٣٠ من التقنين التجاري.

(٣) vasseur, op. cit., p. 80.

الإلكترونية بسبب تجرد هذه الأخيرة من الدعامة المادية أو الورقية، فهل يعني ذلك كما تساءل البعض[1] أن الأمر يتعلق بفراغ قانوني في خصوص تلك المسألة؟

وفي مقام عرضه للموضوع أبدى العلامة Vasseur [2] رأيه بأن الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف تستند في عملها على آليات الوكالة والنقل المصرفي. وتستعمل الوكالة هنا على وجهين، فمن جهة يقوم الدافع بتسليم الكمبيالة الإلكترونية إلى بنكه على سبيل التحصيل ليتولى البنك بعد ذلك تنفيذ العمل المكلف به، وذلك من خلال تقديم الكمبيالة إلى بنك المدين للوفاء عبر كمبيوتر المقاصة. ومن جهة أخرى فإن العلاقة بين المدين وبنكه تأخذ عادة شكل الوكالة في الدفع. وعليه تنشأ مسئولية البنك فيما لو قام بالوفاء خلافاً لتعليمات موكله[3] أو دون إذنه[4]، كما يجوز الرجوع في هذه الوكالة من جانب العميل أو البنك على السواء. ومما يؤكد على هذه الوكالة قيام المدين برد كشف الكمبيالة إلى بنكه بما يعني إعطائه الإذن بالدفع. فإذا أتم كل من البنكين مهام وكالته فإن العملية تختتم بنقل مصرفي من حساب المدين إلى حساب الدائن.

هذا ولا يعتبر الشريط الممغنط، في ظل الوضع الراهن لقانون الصرف، ممثلاً للديون التي يحتوي عليها وإنما هو بمثابة دعامة لمعلومة يقف دورها عند مجرد اعتبارها أداة للإثبات. ومن هذا المنطلق يمكن إدراك الفارق الجوهري بين الكمبيالة الإلكترونية والورقة التجارية. فعلى عكس هذه الأخيرة التي تستمد ضمانات الوفاء بقيمتها من الطابع الشكلي للإلتزام الصرفي، فإن ضمانات الوفاء

---

(١) M. Vivant et le stanc, op. cit., p. 1301 No 2140.

(٢) Vasseur, op. cit., p. 77.

(٣) Cass. com. 25 janvier 1955, Bull. Civ. III, No 41; Versailles 11 Mai 1989, Banque 1989, p. 980, obs. Rives-Lange.

(٤) Banque 1983, p. 99, obs. L. Martin.

بالكمبيالة الممغنطة أو الإلكترونية تستند أساساً على علاقات الثقة فيما بين البنك وعميله [1].

وتفريعاً على ما تقدم فإن الكمبيالة الإلكترونية لا تصلح بطبيعتها لأن تكون أداة لمنح ائتمان حقيقي عن طريق الخصم. وبالتالي فهي فقط تؤدي وظيفتها كأداة للتحصيل، وذلك خلافاً للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف والتي كمثيلتها العادية يمكن تسليمها للبنك على سبيل التحصيل أو الخصم.

---

(1) Jeantin, op. cit., p. 277.

الخاتمة

وهكذا تمر السنوات لتحمل فى طياتها من الأحداث والثورات والاكتشافات ما تؤثر به فى المجتمعات الإنسانية وقوانينها المنظمة للعلاقات بين أفرادها.

وقد سعينا من خلال الدراسة السابقة إلى إلقاء الضوء على إحدى الظواهر التى غزت كوكبنا وغيرت من طريقة حياته وهى ظاهرة المعلوماتية. ورأينا أن هذه الظاهرة كان لها أبلغ الأثر على تطور قانون الصرف فى معظم أحكامه. وقد تحقق للبنوك حلمها الذى طالما راودها بالتحرر من طغيان الورقة وما يرتبه استخدامها من كلفة فى الوقت والمال والجهد. فكان أن حدث التحول الجوهرى فى حياة البنوك على نحو تغيرت معه عملياتها من عمليات مادية تعتمد فى الأساس على الدعامة الورقية إلى عمليات غير مادية وسيلة إجرائها الدعامة الممغنطة. هذا التحول الذى تجسد من الناحية الواقعية فى الإنتقال من الكمبيالة الورقية التقليدية إلى الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف والتى نشأت كخطوة تمهيدية تسبق تعميم استخدام الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف أو ما درج على تسميتها الكمبيالة الإلكترونية.

وكما بدا واضحاً فإن دراسة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قد كشفت عن إمكانية خضوع هذه الأداة لقواعد قانون الصرف الحالية مع

الحاجة فقط لتعديل بعض تلك القواعد لا سيما فيما يتعلق بإثبات الوفاء، وذلك بما يتلاءم مع إستخدام المعلوماتية فى تنظيم الأوراق التجارية. أما الكمبيالة الإلكترونية فالأمر جد مختلف. ففى ظل قواعد ترتكن فى تطبيقها إلى وجود سند ورقى تعجز هذه الدعامة الإلكترونية عن أداء دور الكمبيالة العادية من حيث كونها أداة إئتمان، الأمر الذى يجعل التقدم التكنولوجى الذى أحدثته المعلوماتية واستخدام الكمبيوتر بدون فائدة.

لــذا فالمسألة تقتضى تدخل المشرع لوضع تنظيم قانونى حديث يتفق مع استخدام الكمبيوتر فى تنظيم أدوات الوفاء والإئتمان. ولكن يظل التساؤل مطروحا حول ما إذا كانت الجهود التشريعية والإجتهادات القضائية قادرة على إيجاد حلول لكل المشكلات المعقدة التى تنشأ عن استخدام الكمبيوتر فى مجال العمليات المصرفية. هذا ما يأمل الجميع رؤياه مع اليوم الذى يتم فيه تعميم الكمبيالة الإلكترونية وانحسار العمل بالكمبيالة العادية "الورقية".

مراجع الدراسة

أولاً : باللغة العربية:

١- د.أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، ٢٠٠٠.

٢- د. ادوار عيد، الاسناد في الأوراق التجارية - الجزء الأول.

٣- د. حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٧.

٤- رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ١٩٩٩.

٥- طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، المنشورات الحقوقية ، صادر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

٦- د. علي البارودي و د. فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.

٧- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

٨- د.فايز رضوان، الأوراق التجارية ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، دار النهضة العربية.

٩- د. مختار بريري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية ١٩٩٦.

١٠-د. محمد بهجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والافلاس، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

١١-د. مصطفى طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.

١٢-محمد مرسى زهرة، مدى حجة التوقيع الإلكترونى فى الإثبات "دراسة مقارنة"، المجلة العربية للعلوم الانسانية، العدد ٤٨، ١٩٩٥، السنة ١٢.

ثانياً : باللغة الأجنبية:

1- Catherine MALECKI, Regards sur le Formalisme cambiaire à L'heure de la signature électronique, JCP-La semaine juridique entreprise et affaires, No 51-52, décembre 2000.

2- Couret, Devèze, Hirigoyen, Lamy Droit du Financement 1992, No 1804 et s.

3- Deschanel, lettre de change-relevé, J.Cl. Banque credit, Fasc. 440.

4- Elise Daragon, Etude sur le statut juridique de L'information, D. 1998. Marie-Jeanne CAMPANA, De l'influence des technologies modernes, Rapport introductif, Revue de Jurisprudence commerciale, Janvier 2001.

5- Eyal Chvika, Du décline de la négociabilité des instruments de paiement et de credit, Dalloz, 2000, No.4.

6- Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire, 6e édition, Dalloz.

7- François Guy Trébulle, l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, Revue de droit bancaire et financier No 2, 2000.

8- G. SUANT, La modernisation des technique de paiement et de recouvrement et la rôle du C.F.O.N.B. en 1987, Banque , 1988.

9- G. SUANT, Normalisation des effets de commerce et marquage magnétique, Banque, Septembre 1981.

10- Garance MATHIAS et Jean-Michel SAHUT, La Banque et Internet, computer and Telecoms law Review 1992/2.

11- GRUA, Les contrats bancaires, Economica, 1990.

12- H. SINAY. La situation juridique du donneur d'aval, RTD com. 1953,

13- Hervé Bouilhol, Les aspects Juridiques du commerce électronique, Banque and Droit No 60 – Juillet – août 1998.

14- Herbert MAISH, La modification du droit sous L'informatique: des L'informatique: Aspects du droit public, J.C.P. Éd. F. 1983. I. 3101.

15- J. HUET et H. MAISL, Droit de L'informatique et Télécommunications, Litec, 1989.

16- J. HUET, La modification du droit sous L'influence de L'informatique: Aspects du droit privé, J.C.P. Éd. G. 1983. I. 3095.

17- J. HUGON, «une petite révolution: Le paiement des marchés Public par L.C.R.», Rev. dr. bancaire 1988.

18- Jean Devèze et Philippe Pétel, Droit commercial, instruments de paiement et de credit, montchrestien, 1992.

19- Jean-Louis Rives-Lange, Monique contamine-Raynaud, Droit bancaire, 6e edition, DALLOZ, DELTA.

20- Leclerq et Gérard, L'evolution du droit des effets de commerce sous L'influence de L'informatique, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1989.

21- M. Chanteux-Bui, le refus d'accepter une lettre de change, RTD com. 1978.

22- M. Perdrix, La réforme des circuits d'échange des effets de commerce, Banque, 1983

23- M. VIVANT, Le Fondement Juridique des obligations abstraits, D 1978-ch. 39.

24- Michel Jeantin, Paul le Cannu, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, 1999 5e édition.

25- Michel Vasseur et Xavier marin, Les comptes en banque, Tome I, 1966.

26- Michel Vasseur, La lettre de change relevé, De L'influence de L'informatique sur le Droit, éditions Sirey, 1976: RTD com 1975

27- Michel VIVANT, A propos des «biens informationnels», J C P . Ed G. 1984, I, No 3132.

28- Montout Roussy, la situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D. 1974,

29- Olivier Hance, internet et le droit, Aspects Juridiques du commerce électronique, Èd. 1996.

30- P. Nataf et J. Lightburn, la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information: JCPE 2000.

31- Pierre-Yves Gautier, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, J.C.P. Éd. G., No 24 – 14 Juin 2000.

32- R. Jacqueline, La lettre de change relevé, Banque, No spécial-Mars 1972.

33- 33-R. Jacqueline, La Place des effets de commerce et des effets financiers dans le système bancaire français, Banque, 1975.

34- Richard Routier, responsabilité du banquier, L.G.D.J., 1997.

35- Rives-Lange et contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 5^2 éd. 1990.

36- Thierry PIETTE - COUDOL, La signature électronique. Éditions Litec, 2001.

37- Thierry Piette- coudol et André Berteand, internet et la loi, 1997.

38- VIVANT, Le STANC, RAPP, GUIBAL, Lamy droit de l'informatique, informatique-Télématique-Réseaux, LAMY S.A., 1992 ..

الفهرس

الصفحة

مقدمة ١١

الفصل الأول ٢٥

الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

المبحث الأول: إنشاء الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ٢٧

المبحث الثانى: حياة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ٣٩

المبحث الثالث: الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ٤٩

المطلب الأول: ضمانات الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ٤٩

المطلب الثانى: أحكام الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ٦٠

الفرع الأول: تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء ٦٢

الفرع الثانى: إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف ٦٨

الفرع الثالث: الوفاء الجزائى والامتناع عن الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف ٧٦

الفصل الثانى ٨٥

الكمبيالة الممنطة المقترنة بكشف

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للكمبيالة الالكترونية ٨٦

المبحث الثانى: القواعد الحاكمة للكمبيالة الالكترونية ٨٩

الخاتمة ٩٣

الفهرس ١٠١

التعسف في استعمال الحق الإجرائي

دراسة في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م

دكتـــور

نجيـب أجمـد عبـد الله

أستاذ قانون المرافعات المشارك - رئيس قسم قانون المرافعات

بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مقدمة وأهمية البحث وتقسيمه:

المقدمة: لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه[1]، لذلك كفلت الدساتير والقوانين الحديثة اقتضاء الحقوق، وعلى ذلك شكلت الدول سلطة خاصة للفصل في المنازعات (السلطة القضائية) ونظمت القوانين الإجرائية طريقاً (Voie de droit) للالتجاء إلى المحاكم وتعتبر الدعوى القضائية (Action en justice) من أهم خصائص القانون الإجرائي (قانون المرافعات)، أو ما يسمى بقانون القضاء، فهي تحتل مكاناً هاماً في هذا القانون[2]، لان هدف هذا القانون تقرير ما إذا كان المتقاضي محقاً أو غير محق.

ولم تستقر فكرة الدعوى كفكرة قانونية في الفقه حتى الآن[3]، لذلك يجمع الفقه الإجرائي على أن دراسة نظرية الدعوى من أكثر موضوعات هذا الفقه دقة وصعوبة[4]، ويرجع ذلك إلى اختلاطها بكثير من المفاهيم القانونية القريبة منها كحق التقاضي، والمطالبة القضائية والخصومة[5]، ويضاف إلى ذلك أن كثيراً ممن تناولوا فكرة الدعوى من فقهاء القانون العام الذين دمجوا فكرة الدعوى بحق التقاضي فأصبحت ظاهرة دستورية من ظواهر القانون العام[6]، وقد ساعد على هذا الخلاف ندرة النصوص القانونية التي تنظم الدعوى في القوانين الإجرائيـــــة .

وهذا الاضطراب واضح في نصوص القانون اليمني السابق رقم (٢٨) لسنة ٩٢م من خلال تعريفه للدعوى في المادة (٥٠) كما سيأتي ويتضح هذا الاضطراب من بعض نصوصه ومنها المواد (٥٠ إلى ٥٧) لأنه استخدم لفظ الدعوى في أكثر من مكان استخداماً غير صحيح، وكما يتضح ذلك من نص م(١٦٠) والتي تنص على أنه (إذا توقف السير في الدعوى ... الخ) والمقصود به الخصومـــة.[7]

---

(١) راجـــع قاعدة لا يجوز لأحد أن يقضي لنفسه- د/ سمير تناغو- النظرية العامة للقانون- الإسكندرية- ص٦٢ رقم ٢٢.

(٢) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة للدعوى القضائية- دار النهضة العربية- مصر ١٩٩٠-ص٥.

(٣) راجـــع د/ وجدي راغب - العمل القضائي - رسالة مطبوعة - ص٤٥٠، د/ فتحي والي - الوسيط- دار النهضة العربية -مصر ١٩٩٣ - ص٤٥، د/ رمزي سيف - الوسيط - الطبعة السابعة ١٩٦٧ - ص٣٨٥.

(٤) راجـــع أســـتاذنا الدكـــتور/ عزمي عبد الفتاح - المكان السابق، د/ أحمد أبو الوفاء - الدفوع - منشأة المعارف- الإســـكندرية- ١٩٨٩ - ٨٣٨ رقم ٤٥٩، د/ سعيد الشرعبي - حق الدفاع - رسالة حقوق عين شمس ١٩٨٧م - ص٧٤، رقم ٤٣، د/ إبراهيم نجيب سعد - القضاء الخاص ج١ - الإسكندرية - ص١٢٨.

(٥) د/ فتحي والي - الوسيط - المكان السابق .

(٦) راجع د/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - منشأة المعارف - الإسكندرية- ١٩٨٠- ص٢٠٣-رقم ١٤٨ .

(٧) راجع المواد (١٥٩، ١٥٣، ١٥٢، ٢٨٣ ، ٢١١، ٢١٣).

وقد حاول الفقه الإجرائي تحديد نظرية الدعوى تحديداً قانونياً من زاوية القانون الإجرائي لا من زاوية القانون العام أو الخاص، وقد استفاد واضعو مشروع قانون المرافعات من ذلك، ومن بعض النصوص التي وردت في التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي والألماني والإيطالي .

وقد قنن المشرع اليمني وحدد في قانون المرافعات الجديد رقم (٤٠) الصادر في أكتوبر ٢٠٠٢م الدعوى وماهيتها وشروطها، وميز بينها وبين غيرها من المصطلحات الأخرى مستعملاً كل مصطلح بمدلوله العلمي الصحيح، الذي أرسى قواعده الفقه الإجرائي.

وإذا كانت الحقوق الإجرائية الأخرى تتولد أو تنشأ من استعمال حق الدعوى[1] لذلك سنحاول الكلام عن فكرة التعسف في استعمال هذا الحق طبقا لقانون المرافعات والتنفيذ المدني الجديد المادة (١٧) والتي تنص على انه (حق الادعاء والدفاع مكفولان أمام القضاء وفقا لأحكام القانون) وكان النص في المشروع ولا يجوز التعسف في استعمالها ، وهذه المادة تقرر فكرة (التعسف باستعمال الحق الإجرائي) في قانون المرافعات – القانون الإجرائي أو قانون القضاء – بعدما كانت مقننة في النظرية العامة للقانون (القانون المدني) ، وأضحت بذلك فكرة عامة تخص قانون المرافعات – القانون الإجرائي أو قانون القضاء .

وبذلك يكون قانون المرافعات اليمني الجديد قد تبنى (فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي) لأول مرة كفكرة عامة، وقد وردت المادة السابقة تحت عنوان المبادئ الحاكمة في التقاضي، أي أنها تسري على جميع الحقوق المستعملة أمام القضاء، وهذا المبدأ يقصد به عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية (حق الإدعاء، وحق الدفاع)، والتي تتولد عند استعمال حق الدعوى، وهو مبدأ إجرائي عام فالحق في الإدعاء والحق في الدفاع شرعا لتحقيق غاية محددة هي الدفاع عن الحقوق، فإذا انحرف المتقاضون في استعمالها وصولاً بالإضرار بالآخرين، كأن يرفع أحد الخصمين دعواه بقصد التشهير بخصمه كان متعسفاً في ممارسة حقه، وهناك صور كثيرة للتعسف في استعمال هذا الحق، ولهذا كان النص على هذا المبدأ أمراً ضرورياً في إطار المبادئ الحاكمة في القانون المذكور.[2]

أهمية البحث وتقسيمه:

تتضح أهمية هذا البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية: ما هو الحق بشكل عام؟ وما هو الحق الإجرائي بشكل خاص، وما معيار التعسف في نطاق الحقوق الإجرائية؟ وما طبيعة الجزاء المترتب

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة – ص٩ مرجع سابق

(٢) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون – مطبوعات مجلس النواب ٢٠٠٠م – ص٢٠ وما بعدها

على استعمال الحق الإجرائي استعمالاً منحرفاً؟ لذلك نقسم هذا البحث إلى سبعة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي.

المبحث الثاني: أركان الحق الإجرائي .

المبحث الثالث: نطاق الحق الإجرائي .

المبحث الرابع: شروط الحق الإجرائي.

المبحث الخامس: معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المبحث السادس: جزاء التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المبحث السابع: التنازل عن الحق الإجرائي .

الخاتمة .

المبحث الأول

تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي

نتكلم في هذا المبحث عن تعريف الحق في النظرية العامة ثم عن تعريف الدعوى والحق الإجرائي، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول: تعريف الحق في النظرية العامة .

المطلب الثاني: تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي .

المطلب الأول

تعريف الحق في النظرية العامة

إذا كان التعسف لا يرد إلا على حق استعمله صاحبه، فانحرف في هذا الاستعمال لذلك سنحاول تعريف الحق في الفقه الإسلامي وفي القانون.

أ - تعريف الحق في الفقه الإسلامي:

يعني الحق في اللغة: الثبوت، والوجوب، كما تعني العدالة، كما ورد (الحق) اسم من أسمائه تعالى، والحق الواجب الذي ينبغي أن يطلب[1]، ولا يخرج تعريف الحق عن هذا المعنى عند الفقهاء المسلمين فهم يستخدمون لفظ ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه، ويرد على كل عين أو منفعة يكون للإنسان الحق في المطالبة بها.[2]

وقد عرفه البعض (بأنه قدرة أثبتها الشرع للشخص وللمجتمع، أو لجهة حكمية على الاستئثار بمصلحة شرعية)[3] .

ب - تعريف الحق لدى الفقه القانوني:

اختلف الفقه القانوني في تعريف محدد للحق فمنهم من نظر إلى شخص الحق، وهذا هو المذهب الشخصي، ومنهم من نظر إلى محله، وموضوعه، وهذا هو المذهب الموضوعي، وهناك تعريف حديث للحق، عرف باسم النظرية العامة للحق.

---

(١) راجع لسان العرب ابن منظور- باب الحاء، راجع تفصيلاً معجم ألفاظ القرآن الكريم ص ٢٧٦، وما بعدها، راجع- كتاب التعريفات - علي الشريف الجرجاني- لبنان ١٩٧٨م- ص٩٤ .

(٢) حاشية رد المحتار للحلبي - ج٤- ص٦٧، على الخفيف- أحكام المعاملات الشرعية - ص٢٨، راجع تفصيلاً د/سعيد الشرعبي-حق الدفاع- رسالة حقوق عين شمس ١٩٩٧م - ص٤٩ وما بعدها، وما أشار إليها من مراجع.

(٣) المكان السابق .

١- المذهب الشخصي للحق: عرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه ذلك (القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم) وهذا التعريف يعتمد على المذهب الفرذي، وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن إرادة الشخص هي التي تملك خلق الحقوق وإنشاءها، كما تملك تغييرها وإنهاءها[١]. وقد أنتقد هذا التعريف بالقول بأن الحق قدره إرادية يتنافى مع ما هو مستقر في كل الشرائع من أن لعديمي الإرادة حقوقاً، كما لحائزيها سواء بسواء، كذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلاً، كما يتنافى هذا الاتجاه في تعريف الحق مع وجود أشخاص معنوية، أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية، وخلاصة ذلك أن هذا التعريف يخلط بين وجود الحق وبين مباشرته فيضع شرطاً لهذا الوجود ما قد تتطلبه المباشرة.[٢]

٢- المذهب الموضوعي: ينسب هذا التعريف للفقيه الألماني (اهرنج) الذي هاجم الاتجاه الشخصي للحق، وحاول إيجاد تعريف آخر موضوعياً، فنظر إلى الحق من خلال موضوعه، والغرض منه وقال أنه (مصلحة يحميها القانون) وذهب إلى ذلك القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بمادته رقم (١٢١) والتي تنص على أن الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً، وأن كان هذا التعريف قد لاقى قبولاً في الوسط القانوني إلا أنه لم يسلم من النقد، فهذا التعريف غير جامع وغير مانع، فالمنفعة أو المصلحة جوهر الحق، لا يشترط أن تكون مصلحة مادية، فقد تكون مصلحة معنوية، كما أن هذا التعريف يضيف إليها عنصراً آخر هو عنصر الحماية القانونية التي يسبغ على المصلحة[٣]، كما أن المصلحة لا ترتفع إلى مرتبة الحق، كما انتقد هذا التعريف على أنه تعريف غائي لأن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق، والمقصود من تعريف الحق هو تعريف الحق نفسه لا التعريف بغايته، أو أهدافه لذلك لم يصمد هذا التعريف كثيراً لأنه يعرف الحق بأشياء خارجة عن كيانه الذاتي، كالمصلحة وهي الغرض منه، وهي وسيلة حمايته.[٤]

٣ - النظرية الحديثة للحق: أمام فشل الاتجاهات السابقة بتعريف الحق ظهر اتجاه حديث يعرف الحق بأنه (الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص - على سبيل الانفراد والاستئثار - التسلط - على شيء أو اقتضاء أو أداء معين من شخص آخر)[٥]، وهذا التعريف يشتمل على ثلاثة عناصر وهي روابط اقتضاء، وهي تلك التي لا تكون إلا بين شخص وشخص لأنه تفترض إلزاماً بأداء معين والإلزام لا يتصور وقوعه إلا على عاتق الأشخاص وحدهم، وروابط تسلط وهي

---

(١) عرض ذلك د/ حسن كيره - أصول القانون - ١٩٥٧م ص٥٥٣ .

(٢) المكان السابق .

(٣) راجع تفصيلاً د/ حسن كيره - ص٥٥٦- مرجع سابق .

(٤) المكان السابق ص٥٥٨ .

(٥) راجع تفصيلاً المكان السابق - ص٥٦٧ رقم ٤٣٩

تلك التي لا تتصور إلا في شخص على شيء، لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص، ورو ...
الاستئثار بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء، وهذا يعني أن يكون التسلط، أو الاقتضاء
ثابتاً لشخص، أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد، أو الاستئثار أو الاختصاص.[1]

نخلص من ذلك إلى أن تعريف الحق بالفقه الإسلامي بأنه قدرة أثبتها الشرع للشخص وللمجتمع او لجهة حكمية على الاستئثار بمصلحة شرعية وقانونية هو الأقرب إلى الصواب، وهو ما يتفق مع تعريف النظرية العامة للحق في الفقه القانوني.

المطلب الثاني

تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي

نحاول تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي من خلال التعريف السابق للحق، ومن خلال ما ذهب إليه الفقه الإجرائي الحديث الذي يسعى لوضع مفاهيم ونظريات جديدة للقانون الإجرائي بعيدا عن فقه النظرية العامة أو القانون الموضوعي.

مع ملاحظة خضوع مجموع الحقوق الإجرائية للمتقاضي في تنظيمها لقانون المرافعات ولا تخضع للقانون (الموضوعي) القانون العام أو الخاص[2]، ويكون مجموع الحقوق الإجرائية للمتقاضي (شخص الدعوى) إنما هي مظهر استعماله لحق الدعوى القضائية.

وبالتالي يتمثل الحق الإجرائي في أن قانون القضاء (المرافعات) هو الذي ينظمه، ويتولد عن استعمال حق الدعوى القضائية، ولا يستعمل إلا أمام القضاء[3] لذلك نحاول تعريف الدعوى القضائية ثم نعرف الحق الإجرائي .

<u>أولاً: تعريف الدعوى القضائية:</u>

---

(1) راجع تفصيلاً المكان السابق - ص٥٦٠، راجع د/ جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام - ١٩٧٠- دار النهضة العربية - ص٣ وما بعدها.

(2) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٩م ص٢٢ أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطيه - نحو فكرة العامة للدعوى القضائية - ص٦، د/ فتحي والي - الوسيط - ص٦٨٥، د/ سعيد الشرعبي- الرسالة السابقة - ص٤٣٠، د/ أحمد حشيش - الدفع بعدم القبول - رسالة حقوق الإسكندرية - ١٩٨٦ ص٤٣

(3) المكان السابق .

سبق القول أن هناك خلافاً كبيراً في الفقه والقوانين المعاصرة على تعريف الدعوى، وقد زاد من هذا الخلاف المصطلحات المستخدمة للدعوى، فأحيانا تعني المطالبة القضائية، فيقال رفع شخص الدعوى، أي قدم طلباً إلى القضاء، وأحياناً أخرى يقصد بلفظ الدعوى الإدعاء فيقال البينة على من ادعى، وأحيانا تستعمل الدعوى بمعنى الحق في حكم مضمون معين لصالح المدعي[1]. وأن كان الأمر كذلك كان كل فقيه يقدم تعريفاً للدعوى هو في ذاته تعريفاً صحيحاً بالنسبة لما يقصده، ولكنه لا ينطبق على كل الاستعمالات التي يستعمل فيها لفظ الدعوى، ولا ينبغي بالضرورة صحة التعريف الآخر الذي يستنكره.[2]

وقد عرف قانون المرافعات اليمني الدعوى بالمادة (٧٠) والتي تنص على أنه (الدعوى هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي إدعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، وهذا التعريف – كما جاء في المذكرة التفسيرية – نقل عن الفقهاء المسلمين (الفقه الحنفي)، وأن تعريف الفقه الحنفي للدعوى يتفق مع الفقهاء القانونيين المحدثون في تعريف الدعوى[3]، ويتلخص تعريف الدعوى وفقاً للفقه الإسلامي (الفقه الحنفي) أن الدعوى (قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير)[4]، وبهذا التعريف يكون القانون قد انصرف عن التعريف السابق للقانون الملغى والذي كان يعرف الدعوى على أنها (الوسيلة القانونية للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء)[5] وتعريف الدعوى في القانون الجديد يعطيها نعت الحق وعلى ذلك يكون لصاحب هذا الحق رفع الدعوى إلى القضاء إذا توافرت شروط هذا الحق، وهو كذلك – حق شخصي إجرائي – يمكن

---

(١) راجع د/ فتحي والي – الوسيط – ص٤٥– مرجع سابق .

(٢) راجع هذه الآراء لدى أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو – ص٥٠، مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الطعن بالاستئناف – ص٢٠٣، مرجع سابق .

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الجديد – مطبوعات مجلس النواب ص٤١ ، راجع تعريف الدعوى في الفقه الإسلامي تفصيلاً د/ سعيد الشرعبي – الرسالة – ص٢٨٦ وما بعدها وما أشار إليه من مراجع ، راجع م(٥٠) من قانون المرافعات السابق والتي تنص على أن الدعوى (...الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمانة أو إثباته)، وراجع نقد التعريف في المذكرة التفسيرية لمشروع القانون – ص٤١ .

(٤) علي الشريف الجرجاني – التعريفات – ص١٠٩– مرجع سابق، سعيد الشرعبي– ص٢٩٠ وما بعدها– الرسالة.

(٥) راجع المادة (٥٠) من القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م، وراجع د/ عبد المنعم الشرقاوي، والدكتور/ عبد الباسط جميعي– قانون المرافعات، دار الفكرة القاهرة– ١٩٧٦م– ص٢٠، د/ أحمد هندي– المرافعات– الإسكندرية – ١٩٩٥م–ص٤٣٣، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر– الدعوى– الإسكندرية–١٩٩٠م– ص١١، راجع المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.

التنازل عنه[1]، وبذلك يكون المشرع اليمني قد استفاد من الفقه الإسلامي والفقه الإجرائي المعاصر في تعريف الدعوى القضائية الذي يعرِّف الدعوى بأنها (حق إجرائي وأساسي في القانون الإجرائي، يخول صاحبهُ القيام بأعمال إجرائية لتحقيق مصلحة يعترف بها القانون الإجرائي ويتمثل في إصدار تقرير قضائي).[2]

وقد اختلف الفقه المذكور عن تصور الطرف السلبي لحق الدعوى، وأن كان الفقه السائد يرى أن الطرف السلبي هو القاضي[3]، وأساس هذا القول أن القاضي الذي يمتنع عن إصدار حكم في قضية صالحة للحكم فيها يكون مرتكباً لجريمة إنكار عدالة[4]، ويرى البعض أن الطرف السلبي هو المدعى عليه.[5]

ونحن نميل إلى ترجيح الاتجاه الأول أي أن الطرف السلبي هو القاضي الذي يلتزم بأن يقول كلمته في حق تأسيس الإدعاء وهذا هو الرأي الذي نادى به (H. Motulsky) في الفقه الفرنسي واعتمده قانون المرافعات الفرنسي، وقانون أصول المحاكمات اللبناني، والقانون اليمني. فالقاضي عليه واجب إزاء الدولة والأفراد وهي علاقة ينظمها قانون القضاء (قانون المرافعات).[6] ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يتعرض لدعوى من تلقاء نفسه طبقاً للقاعدة الإجرائية المعروفة (لا يجوز للقاضي أن يتعرض

---

(1) د/ ربيع أنور – مؤتمر التحكيم العريش – 1987– مناقشات حول طبيعة الدفع بالتحكيم – ص133، إعداد أحمد جامع – القاهرة – 1988 .

(2) راجع د/ محمد إبراهيم زيد – قانون الإجراءات الجنائية اليمني – 1986 ص68، راجع د/ حسن كيره – ص 1144، رقم (413) مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – ص117 مرجع سابق، د/ فتحي والي – الوسيط ص 54 رقم (27) مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الطعن بالاستئناف – ص203، د/ سعيد الشرعبي– ص281 الرسالة السابقة، وهذا التعريف ينسب إلى (Motulsky) في الفقه الفرنسي، راجع أحمد هندي– المرافعات–ص437،د/ أحمد خليل–قانون المرافعات الإسكندرية–1995م– ص 325، احمد حشيش، ص261 وما بعدها– الرسالة.

(3) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – ص115 مرجع سابق، د/ سعيد الشرعبي – الرسالة السابقة – ص290. راجع د. فتحي والي – الوسيط – ص 51 رقم 25 . فالمذهب الشخصي ينظر إلى الحق نظرة شخصية، ولذا يعرفه بأنه (رابطة قانونية) والمذهب المادي ينظر إليه نظرة ذات قيمة مالية، ولذا يقال أنه (سلطة مباشرة على شيء) ومن حاول التوفيق بين المذهبين بالقول (علاقة قانونية)، راجع في تفصيل ذلك، د/ جميل الشرقاوي– مصادر الالتزام – ص8 وما بعدها – مرجع سابق .

(4) المكان السابق، راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون ص41 .

(5) د/ فتحي والي – الوسيط– ص57 رقم (58)، د. حسن كيره – ص1144 رقم (413) هامش رقم (4)، قارن أحمد حشيش–ص263– المكان السابق.

(6) راجع د/ فتحي والي – الوسيط – المكان السابق .

لقضية من تلقاء نفسه) لأن صاحب الحق في الدعوى هو الذي يحرك ولاية القضاء وتحديدها في محلها الإدعاء.[1]

وإذا كانت الدعوى القضائية حقاً إجرائياً، فإن هذا الحق ليس حقاً مالياً، وعلى ذلك فهذا الحق لا يخضع للقواعد العامة للحق المالي الواردة في القانون الموضوعي (مدني - تجاري... الخ) وإنما يخضع لقواعد إجرائية خاصة واردة في القانون الإجرائي قانون القضاء (المرافعات). لذلك يجب النظر إلى حق الدعوى القضائية أنه تطبيق خاص (أي له ذاتية واستقلال) للفكرة العامة للحق، ويجب النظر إليه من زاوية أنه حق إجرائي لا من زاوية القانون العام والخاص.[2]

لذلك تختلف الدعوى القضائية عن الدعوى المعروفة في القانون الموضوعي - مدني تجاري ... الخ، فدعوى المسئولية المنظمة في القانون المدني، ودعوى شهر الإفلاس المنظمة في القانون التجاري - لأنها منظمة في جميع الأحوال والشروط وإذا توافرت حصل صاحب الدعوى على حكم في الدعوى لصالحه أي أنها وسيلة لتقرير الحقوق.[3]

وحق الدعوى يخول صاحبه القيام بأعمال اجرائية محددة لتحقيق مصلحة ممثلة في قرار القاضي، ويتولد من استعماله مجموعة من الحقوق على جانبين كل منهما في مواجهة الآخر (المدعي والمدعى عليه)، والقانون الإجرائي (المرافعات) يبطم صفة خاصة مراكزهم ونشاطهم في كل مرحلة، لهذا لم ينكر الفقه الإجرائي فكرة الحق الإجرائي الذي تتمثل في السلطة التي يمنحها القانون لصاحب الحق .

ويتكون حق الدعوى القضائية من سلطات بل مجموعة من السلطات، والالتزامات.وواجبات بنص القانون لضمان تحقيق الغاية المرجوة من الدعوى. ومن هنا ينكر الفقه الحديث فكرة الروابط القانونية ويستبدلها بفكرة المراكز القانونية[4]، ويكون هذا الحق ملك أصحابه فيما يتعلق بطرحه على القضاء، وأن الالتجاء إلى القضاء مكفول للكافة م(١٧)، إلا أنه متى تم الالتجاء إلى القضاء بحرية، فعلى الخصوم أن يتقيدوا بما يفرضه حسن سير العدالة من قيود مع إغفال إرادتهم كلية.[5]

---

(١) المكان السابق - ص ٣٠

(٢) أحمد حشيش - الرسالة - ص - أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١١٥ - مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد مسلم - أصول قانون المرافعات - القاهرة - - ١٩٦٨ - ص٢١٠ .

(٤) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قوانين المرافعات - منشأة المعارف- الإسكندرية- ج١ ص٤١ رقم (٢٢)، د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٥٨ رقم (٣١)- مرجع سابق، قارن أحمد حشيش-ص٢٦٣-الرسالة.

(٥) (كارنيلوتـي) في الفقه الإيطالي أشار إليه د/ محمد إبراهيم زيد - ص٧٢- مرجع سابق، ويرى البعض أن فكرة (الـروابط) القانونـية تـؤدي بالضرورة إلى إنكار ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي بالفصل في مواجهة الأطراف في الدعوى مع العلم بأن هذا ذا طبيعة دستورية، راجع د/ محمد إبراهيم زيد- ص ٧١- مرجع سابق.

ثانيا: تعريف الحق الإجرائي:

عرف القانون اليمني الحق الإجرائي بحق الإدعاء والدفع م(١٧) من القانون، والتي تنص على أنه: (حق الإدعاء والدفع مكفولان أمام القضاء

لذلك سنحاول تعريف الحق الإجرائي من خلال هذا النص، ومن خلال المفهوم السابق لحق الدعوى. ذهب الفقه السائد إلى تعريف هذا الحق بأنه عبارة عن (مكنه أو تسلط[١] إرادية يمنحها القانون لشخص لتحقيق مصلحة ذاتية، أما الواجب الإجرائي فهو مجرد نشاط يظهر في صورة خضوع أو امتثال لحق إجرائي أو لسلطة إجرائية).[٢]

وقد قيل- بحق- أن مصطلحات (المضمون الإيجابي)- السلطة- المكنة- القدرة[٣]- الميزة- الرخصة- الاستطاعة- تعبر عن أمر واحد يتمثل في مضمون إيجابي.[٤]

وهذا الحق يكون للمدعي والمدعى عليه معاً، لأن المدعي من يطالب غيره بحق- يذكر استحقاقه- والمدعى عليه هو المطالب، وكل خصم في الخصومة أما أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه، وهذا المركز هو لتفسير الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الخصم أثناء الخصومة.[٥]

لذلك فالحق الإجرائي هو القدرة على تحقيق هدف في مواجهة الولاية الإجرائية بمعنى أن السلطة المخولة للخصم تهدف إلى توفير الإمكانية والفعالية لممارسة السلطة من جانب القاضي الذي يسيطر

---

(١) ويفرق البعض بين السلطة، والمكنة، فالسلطة ولاية على الغير تمنح لشخص لمصلحة غيره، أو للمصلحة العامة كالسلطة الأبوية أو السلطة العامة أما المكنة فتمنح لمصلحة ذاتية، راجع د/ فتحي والي- الوسيط- ص٢٩٩- رقم ١٩٦، أحمد حشيش- الرسالة- ص٢٦٣،٢٧٢ وما بعدها، قارن د/ وجدي راغب- مبادئ الخصومة المدنية- ١٩٧٨-ص١٣٧.

(٢) د/ فتحي والي المكان السابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر-سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - ص٢١٠ رقم (١٥٢)، د/ وجدي راغب- مبادئ- ص٢٣٧، د/ سعيد الشرعبي- الرسالة السابقة- ص٤٢٧.

(٣) يعرف البعض الحق الشخصي الإجرائي بأنه (قدرة طرف الخصومة المدنية تحددها وتحميها قواعد القانون الإجرائي) راجع د/ محمد عبد الخالق عمر - الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة - مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٠ - ص١٢٣.

(٤) موتولسكي- الحق الذاتي والدعوى القضائية- ص١٩٤ أشار إليه أحمد حشيش- الرسالة- ص٦٤، راجع د/إبراهيم نجيب سعد- قانون القضاء- ج٢- ص١٦ .

(٥) د/ وجدي راغب- مبادئ- ص٢٣٤، د/ سعيد الشرعبي- ص٤٢٧، المقصود بفكرة المراكز القانونية ما ترتبه القاعدة القانونية من حقوق والتزامات أو مكنات (Faculites) أوأعباء (Chargesl)، صحيح أن هذه المراكز قد تكون أثراً لعمل قانوني معين يقوم به الشخص بإرادته، فيبقى القانون مع ذلك هو المصدر المرتب لهذه المراكز بالإضافة إلى دوره كمصدر مسبب لها، راجع في فكرة المراكز القانونية د/ سمير تناغو- النظرية العامة للقانون - رقم ١٩- ص٢٣، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - ص٢١ .

على الدعوى[1]، وهنا يتضح أن مجموعة الأعمال الإجرائية للمتقاضي (شخص الدعوى)، إنما هي مظهر استعماله لحق الدعوى القضائية.[2]

والفقه الإجرائي يعتد بهذا الحق أيضاً في مجال الدعوى الجنائية[3]، على اعتبار أن الحق الإجرائي منظم في القانون الإجرائي، وإن الدولة تعمل دائماً عن طريق القانون على تحديد سلطات (Poteri) وواجبات (doveeri) خاصة بهدف تسليح ذاتها لاحتمال ضرورات المحافظة على النظام القانوني، فأنها أيضاً تعترف بأنه لمصلحة هذا النظام القانوني ذاته من الضروري تقييد سلطتها والاعتراف للأفراد بسلطة تحريك حق الدولة في حماية مصلحتها، أو الامتناع عن القيام بهذه الحماية، ومن هنا ظهر الحق الشخصي كسلطة (Poteri) وليس التزاماً لأحد الأفراد في طلب، أو عدم طلب تدخل الدولة للقيام بالالتزام الذي يقع على عاتق الآخرين تجاه هذا الفرد، وهذا الحق يتضمن رخصة التصرف أو عدم التصرف، وحرية الإرادة في هذا التصرف لذلك فقد قيل بحق أن الحق الإجرائي (الإدعاء) هو الذي يحرك الشخص الإجرائي (القاضي) أما قبل الإدعاء فلم تكن الدعوى قد برزت بعد، بل لم تكن الحاجة إليها قد لحت بعد، لذلك فإن تحريك الدعوى هو العمل الافتتاحي لها وبه تنتقل إلى سلطة القاضي.[4]

مما سبق نرى أن ما ذهب إليه بعض الفقه الإسلامي والفقه الإجرائي الحديث، وما قننه قانون المرافعات اليمني بأن الدعوى حقاً شخصياً إجرائياً هو التعريف الأقرب إلى المفاهيم الإجرائية، كما أن تعريف الحق الإجرائي المتولد عن استعمال حق الدعوى يكون في مضمون إيجابي مكنه، أو قدره، أو سلطة، هو الأقرب إلى الصواب؛ وهذا الحق يكون لأطراف الدعوى المدعي والمدعى عليه معاً، وأن الطرف السلبي فيه هو القاضي الذي ينظر ويقرر ما يراه.

---

(1) راجع د/ فتحي والي – الوسيط – ص٥١ رقم ٢٥، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – سقوط الحق– ص٢٢، د/ طلعت ديـدار – سقوط الخصومة – رسالة حقوق الإسكندرية ١٩٩٢ – ص٦٩، د/ سعيد الشرعبي – الرسالة – ص٤٣٧ – مرجع سابق، د. عبد الفتاح الصيفي– حق الدولة في العقاب– ط٢– ١٩٨٥– ص١٨١.

(2) د/ أحمد حشيش – الرسالة – ص٢٦٤، أستاذنا الدكتور نبيل عمر – الطعن بالاستئناف–ص٥١٥ .

(3) د/ محمد إبراهيم زيد – ص٦٩ – مرجع سابق، فهو يرى أن الحق الشخصي للدعوى الجزائية في تحليل فكرة حق الدولة في العقاب، وأن حق الدولة (Pretese) في العقاب هو الحاجة إلى هذا الطلب، راجع م(١١) من قانون إنشاء النيابة العامة لسنة ١٩٧٧م والتي تنص على أنه (صاحب الحق في رفع ومباشرة الدعوى...).

(4) د/ عبد الفتاح الصيفي– حق الدولة في العقاب– ص١٨١.

المبحث الثاني
أركـــان الحــق الإجــرائي

الركن هو الشيء الذي لا يقوم الحق إلا به ونعتقد أن أهم أركان الحق الإجرائي يكون في محله وأشخاصه.

لذلك نتكلم عن أركان الحق الإجرائي في مطلبين محله وأشخاصه.

المطلب الأول
محل الحق الإجرائي

لم يتفق الفقه والتشريعات على تحديد مصطلح علمي لمحل الدعوى أو الحق الإجرائي، ومن استقراء القانون اليمني المادة (١٧) نلاحظ أن محل الحق الإجرائي هو (الإدعاء والدفع). وأن كان القانون يفصل بينهما إلا أنه جعل محل هذا الحق (الإدعاء والدفع) معاً، والواقع أن تحديد محل الحق الإجرائي في الإدعاء (الطلب) والدفع يحقق نتائج هامة ومنها انطباق شروط استعمال هذا الحق في كل دعوى أو طلب أو دفع يقدم إلى القضاء. فأي طلب يقدم إلى القضاء– قضائي– ولائي– وقتي– مستعجل– تنفيذ– وفي كل دفع موضوعي– إجرائي.. الخ، يجب أن تتوفر فيه شروط محددة لذلك حاول القانون اليمني استخدام طلب ودفع في مواضعها وموقف القانون اليمني هو موقف بعض الفقه الذي يرى أن الدفع كالطلب[1]، والذي يرى أن الدفع والإدعاء يعتبران دعوى[2]، ومهما كان الخلاف في ذلك إلا أن الإجماع منعقد على أن الطلب والدفع ينشأن من استعمال حق الدعوى، وأن شروطهما واحدة.

<u>أولاً: الإدعـــــاء:</u>

يرى الفقه السائد أن (الإدعاء) (Préténtion) هو محل (Objet) الحق في الدعوى القضائية[3].وهذا ما اعتنقه القانون اليمني في م(١٧)، والإدعاء بهذا المعنى هو استعمال حق الدعوى . ويكون بذلك

---

(١) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – إجراءات الدعوى – الإسكندرية – ١٩٩٠– ص٢١، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة – ص٦– مرجع سابق، حكم محكمة النقض المصرية في ٧/٤/١٩٧٦م لسنة ٢٧ ق ص٩٩٥– ورد في الطعن (أن المدعى عليه يصير بالدفع مدعياً إذا أقر بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع)، راجع المادة (٨) من القانون العراقي سبق الإشارة إليه .

(٢) د. أمينة النمر– ص١٦٣ – مرجع سابق .

(٣) د/ وجدي راغب – النظرية العامة للعمل القضائي – رسالة مطبوعة – ص٢٦٢، د/ أحمد خليل – قانون المرافعات – الإسكندرية ١٩٩٦، ص١٩٩، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – سلطة القاضي التقديرية – ١٩٨٢م لم

محل الحق الإجرائي[1]، وهو تصور شخصي لما للواقع من حكم في القانون وقد يكون محقاً فيما يدعيه، أو غير محق، وهذا التصور يكون بشكل قانوني معين هو المطالبة القضائية[2]. والأصل في الادعاء أنه رأي قانوني ذاتي نتيجة تطبيق الفرد للقانون على واقعة من وقائع حياته ــ ولكنه تعارض مع ظاهرة واقعية ــ ولذا يعتبر القانون الإجرائي أن (الادعاء) مجرد زعم أو قول يحتمل الصواب أو الخطأ[3]، وهذا يتفق مع تعريف بعض الفقهاء المسلمين للادعاء، الذي يعرف (الادعاء) بأنه قول مقبول يقصد به قائله المطالبة بحق له، أو لمن يمثله، أو بحق الله عز وجل، أو بحماية ذلك الحق[4].

ومن شروط المحل أن يكون موجوداً أو معيناً أو قابلاً للتعيين لذلك يجب أن تكون المطالبة القضائية الشكل القانوني للإدعاء واضحاً من حيث تعيين عناصره تعينا نافياً للجهـــالة.[5]

وتبدوا أهمية محل الحق الإجرائي الإدعاء (الطلب) في أن القاضي يجب عليه التقيد بما يطلبه المتقاضي، لأن القاضي إذا لم يتقيد بمحل الطلب سيفاجئ الأطراف بحكم في موضوع لم يتناقشوا في وقائعه، كما أنهم لم يطلبوا من القاضي الفصل فيه، أو أن محل الطلب سبق أن صدر به حكم وهو ما يثير دفعاً بحجية الشي المقضي به[6].

وتحديد محل الحق الإجرائي- الدعوى أو الطلب- با(الإدعاء) يتفق مع بعض الفقه الإسلامي، الذي أشار إلى أن يكون الحق المدعى به معلوماً أي متصوراً في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي حتى يصدر حكمه على المطلوب (المدعى عليه)، لأن الشهادة، والقضاء بالمجهول متعذران، ولأن الغرض من الدعوى هو إصدار حكم يلزم المدعى عليه برد الحق لصاحبه، ولا يمكن الإلزام مع

يذكر مكان النشر- ص٣٧٩، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر -قانون المرافعات - ص٣٠٨- رقم (١٩٢)، راجع = د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٤٧، د/ أحمد حشيش - ص٢٧٥- الرسالة السابقة، د/ فتحي والي - الوسيط - ص٤٦ رقـــم (٢٣)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص١٦١، د/ إبراهيم زيد - ص٧٠ مرجع سابق، د/ عـبد الفـتاح الصـــيفي - حـــق الدولـــة في العقاب - ص١٧٠- مرجع سابق أحمد حشيش-ص٢٧٤- الرسالة. H,MOTULSKY- P44، أشار إليه أحمد حشيش- المرجع السابق.

(١) د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - مرجع سابق - ص٢١ .

(٢) د/ فتحي والي- الوسيط- ص ٧١، رقم (٤١).

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص١٣٦ - مرجع سابق، د/ عبد الفتاح الصيفي - ص١٧٠ - مرجع سابق.

(٤) د. وجـــدي راغـــب- مـــبادئ- ص ١٣٦، مرجع سابق، د. فتحي والي- الوسيط- المكان السابق، راجع أستاذنا الدكتور نبيل عمر- الطعن بالنقض-الإسكندرية-١٩٨٠م ص١٦٠ وما بعدها.

(٥) راجع الجرجاني، التعريفات ــ ص ١٠٩، وراجع تفصيلاً د. سعيد الشرعبي، ص ٢٨٦، الرسالة السابقة.

(٦) د/ وجدي راغب - مبادئ - المكان السابق .

(٧) د/ رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية تأصيلاً - ص٢٩٦ وما بعدها

الجهالة[1]، لذلك قيل في الفقه الإسلامي أن الدعوى قول - أي إدعاء- يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير[2] وعلى القاضي إظهار ما هو ثابت في الشرع.[3] كما قيل أن المقصود بالطلب (بالفقه الإسلامي) هو أن يرفع المدعى دعواه لدى القضاء فإذا لم يقم المدعى بهذا الإجراء، فأن القاضي لا يستطيع أن يباشر نظره من تلقاء نفسه في أية قضية.[4] وقد جاء في بدائع الصنائع (طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد، لأن القضاء وسيلة إلى حقه فكان حقه، وحق الإنسان لا يستوفي إلا بطلبه)[5].

والإدعاء يكون للمدعي والمدعى عليه، فصاحب حق الدعوى يضع ادعاءه أمام القضاء لينظر ما إذا كان هذا الإدعاء محقاً أو غير محق، وبالنسبة للمدعى عليه يكون حقه في مناقشة أساس هذا الإدعاء.[6]

ثانياً: الدفـــــاع:

سبق القول أن الحق الإجرائي ينشأ باستعمال حق الدعوى القضائية، لذلك يتفق الفقه أن الإدعاء (الطلب) والدفع هو وسيلة لاستعمال الدعوى وبالتالي، فلا يقبل أيهما إلا إذا توافرت فيهما شروط قبول الدعوى كما سيأتي.[7] لذلك يذهب بعض الفقه إلى أن الدعوى تشتمل على الإدعاء (الطلب) والدفع وكل منهما دعوى[8]، فالطلب والدفع هما أداة استعمال الدعوى أمام القضاء[9] لذلك فشروط قبولهما

---

(1) راجع د/ سعيد الشرعبي - الرسالة السابقة - ص٣٤٠ وما أشار إليه من مراجع .

(2) الجرجاني - التعريفات - ص١٠٩ مرجع سابق .

(3) المكان السابق - ص١٨٥ .

(4) راجـــع تفصيلاً د/ محمد البكر - السلطة القضائية في النظام الإسلامي - الزهراء العربي - القاهرة - ١٩٨٨ - ص٢٧٥ .

(5) بدائع الصنائع - ج٩ - ص٤٠٩٢ نقلاً عن المكان السابق .

(6) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص٦٣ مرجع سابق .

(7) راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٥٧٧، د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٢٠١- مرجع سابق.

(8) من هذا الرأي أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - الدعوى - ص١٢٥، د/ أحمد هندي - المكان السابق - ومع هذا الــرأي القانون اليمني الملغى رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م م(١٣٣) والتي عرفت الدفع بقولها (الدفع دعوى يبديها ... الــخ)، والمادة (٨) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٨م، والتي نصت على أنه (الدفع هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه ...).

(9) د/ أحمد خليل-المرافعات - ص٢٠١، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٢٧٢ رقم (١٧٢)- مرجع سابق.

واحدة[1]، وقيل أن حق الدفاع هو الطريقة المثلى، والسليمة والإيجابية والاجتماعية للرد على اغتصاب الحق، والاعتداء، وهو سلاح الخصوم المشروع للدفاع عما أصابهم من حيف وظلم.[2]

وقد ذهب القانون اليمني م (١٧) إلى أن الدفع يكون محلاً للحق الإجرائي شأنه في ذلك شأن الإدعاء كما سبق.

ولم يتفق الفقه الإجرائي على تعريف محدد للدفع، إلا أنه ذهب بعض الفقه إلى تعريف واسع لحق الدفع ومنها:

عرف البعض الدفع بالقول بأنه (كل ما يخوله القانون للخصم من وسائل في الخصومة لتكوين الرأي القضائي لصالحه توصلاً إلى الحكم لصالحه في النهاية)[3]، هذا التعريف يشتمل على كافة صور الحماية القضائية، كما يشتمل على الوسائل الإجرائية التي تتاح للخصوم في ممارسة حق الدفاع،[4]والبعض يذهب إلى التمييز بين معنيين لحق الدفاع الأول: المعنى التقليدي ويقصد به (حق الخصم في أن يسمع القاضي وجهة نظره)، أما المعنى الثاني: فيقصد به (حق الخصم في مناقشة ما يقدمه الخصم من دفاع في القضية توصلاً لدحضه، ولإقناع القاضي بإصدار الحكم لصالحه)،[5] وعرفه البعض بأنه (حق يكفل الحماية القانونية للمتقاضين، ويضمن لكل خصم التمتع بكافة الامتيازات، والضمانات القانونية التي تتيح له عرض وجهة نظره بصدق وإخلاص أمام قضاء محايد)[6] .

غير أن التعريف الأخير يشتمل على العناصر التي يتكون منها حق الدفاع فهو يشمل الحقوق السابقة على الخصومة، والحقوق التي يمارسها الخصم أثناء الخصومة، وضمانات هذا الحق.[7]

ونخلص من ذلك أن محل الحق الإجرائي يكون في الإدعاء (الطلب) والدفع وهو بذلك يكون بالإدعاء (Pretention) المعروض على القاضي، أي ما يطلبه المتقاضي من مباشرة الطلب وما يقدّمه

---

(١) راجع د/ أمينة النمر – المكان السابق ص٣٠٨ رقم (١٩٢)، د/ الشرقاوي وجميعي – شرح قانون المرافعات – ص٢٠ وما بعدها – مرجع سابق .

(٢) راجع د/ محمد البكر – السلطة القضائية – ص٢٧٥ – مرجع سابق، أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء- المرافعات ص٢١١رقم٢٠١.

(٣) د/ وجدي راغب – دراسات – ص١١٦ – مرجع سابق .

(٤) د/ سعيد الشرعبي – ص٢٩ – الرسالة السابقة .

(٥) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة – ص٦ – مرجع مشار إليه .

(٦) د/ سعيد الشرعبي – الرسالة السابقة – ص٣٠ .

(٧) المكان السابق .

الخصوم من دفوع، وهو بذلك يشمل جميع الطلبات بأنواعها والدفوع بأنواعها[1]، والقول أن الإدعاء والدفع – م(١٧) من القانون– هو محل الحق الإجرائي يؤدي إلى تفسير اختلاف السلطات أو المكنات في الحق، على اعتبار أن لمحل الحق أثراً كبيراً في تتويج سلطاته وتحديد مضمونه.[2]

وكما يجب أن يفهم من أن الحق الإجرائي ينشأ عن طريق استعمال الحق في الدعوى القضائية وهو ما يسمى بالطلب القضائي بمعناه الواسع الطلب والدفع بأنواعه والذي يعتبر الأداة المنظمة التي عن طريقها يمكن استعمال الحق في الدعوى القضائية، والطلب يتضمن (إدعاء) بمعنى أنه إذا استعمل الشخص حقه في الالتجاء إلى القضاء، فأنه يطرح إدعاءاً معيناً أمام المحكمة[3]. وللمدعى عليه الحق في دفعه وطرح ادعائه[4]... وهكذا.

وهذا يؤدى إلى القول إنه لا توجد إلا دعوى واحدة لها غاية واحدة وهو الحصول على تقرير قضائي في الموضوع لذلك يرفض الفقه الإجرائي تقسيم الدعاوى إلى دعوى شخصية ودعوى عينية[5]...الخ.

كما نخلص إلى أن الفقه يتفق على أن شروط الحق الإجرائي الطلب (بأنواعه) والدفع (بأنواعه) **هي شروط قبول الدعوى.**[6]

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح– نحو فكرة عامة–ص١٧٠– مرجع سابق، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر–ص ٣٨ رقم(١٩٢).

(٢) أحمد حشيش – ص٢٧٧ – الرسالة السابقة .

(٣) يخلط البعض بين الدعوى والإدعاء، د/ أحمد مسلم – ص٣٠٢ – رقم (٣٠٩)، وللتمييز بينهما راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – ص١٢٨ – مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص١٥٥

(٤) يرى البعض أن الدفوع في جوهرها طلب، راجع أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – ص ٢٨ رقم (٢٧)، د/ وجدي راغب – مبادئ – ص٢٣٩ – مرجع سابق، أحمد حشيش–الرسالة–ص٢٧٣.

(٥) راجع H.MOTUSKY.P٩٥ ، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح– ص١٥٥. د/ أحمد حشيش – الدفع بعدم القبول– ص٢٨٧ – مرجع سابق .

(٦) راجع د/ أحمد هندي – ص٦٣٩ – مرجع سابق .

المطلب الثاني
أصحاب الحق الإجرائي

يستند الحق دائما إلى شخص يكون صاحبا له بحيث يستأثر وحده دون غيره من الأشخاص بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات.[1]

وأصحاب الحق الإجرائي هم أشخاص الدعوى، ونقصد بذلك المدعي والمدعى عليه معا ذلك أن كلا منهما يستخدم دعواه في مواجهة الآخر، ولهما معا مكنات، أو سلطات متساوية[2]، في الطلب والدفع وينطبق هذا الوصف على أطراف الخصومة الأصليين المدعي والمدعى عليه، كما ينطبق على من يتدخل أو يختصم فيها[3]، وكل خصم في الخصومة أما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه[4] م(١٧) من قانون المرافعات اليمني.

ومركز المدعى أو المدعى عليه لا يستقر في الحق الإجرائي على حالة واحدة، وإنما قد يحصل تبادل في المراكز القانونية، والعبرة بتحديد أشخاص هذا الحق هو بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم لها، فالمحامي أو النائب القانوني يمارسان الدعوى وليس لهما صفة في الدعوى، ولذلك لا يعد أي منهما من أطراف الدعوى، بل أن الموكل أو الأصيل هما طرفا الدعوى، وأشخاص الإدعاء هم ذاتهم الذين لهم الحق في الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم فيخرج بذلك الشهود والخبراء والقضاء[5] .

والحق الإجرائي لا يكون إلا لصاحب الصفة[6]، وعلى ذلك يكون صاحب الحق في ممارسة سلطة، أو مكنه هذا الحق هي كل ذي أهلية وجوب[7] ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات فالشخص قد يكون أهلا لوجوب الحقوق له أو عليه، ولكنه قد يكون عاجزا عن التعبير عن إرادته تعبيرا يحدث أثرا قانونيا. وإذا كان الأصل أن الدعوى حق ذاتي ذو مضمون إيجابي تتمثل في مكنات أو سلطات أو ميزات تخول للمتقاضي ذاته أن يقوم بأعمال إجرائية

---

(١) د/ حسن كيره – ص٦٨٩ رقم (٢٦٨)- مرجع سابق .

(٢) د/ أحمد مسلم – أصول – ص٣١٤ – مرجع سابق، د/ وجدي راغب – الرسالة – ص٤٤٣، د/ إبراهيم سعد- ج٢- ص١٦- مرجع سابق، د. فتحي والي- الوسيط- ص٢٩٩، رقم (١٩٦).

(٣) د/ وجدي راغب – مبادئ – ص٢٢٧- مرجع سابق .

(٤) المكان السابق- ص٢٣٤، د/ محمد شتا- قانون الإجراء المدني الإسلامي السوداني- مطبعة جامعة القاهرة- ١٩٨٥- ص١٢٩.

(٥) د/ وجدي راغب- ص٢٣٥، د/ سعيد الشرعبي – ص ٣٠٤ – الرسالة السابقة .

(٦) د/ حسن كيره – ص٧٠٨ رقم (٢٧١)، أحمد حشيش – الرسالة السابقة – ص٢٨٠ .

(٧) د/ وجدي راغب – دراسات – ص١٦٠، د/ أحمد مندي – المرافعات – ص٤٤٦ – مرج سابق .

بصرف النظر عما إذا كان محقا أم غير محق، لذلك قيل أن للمتقاضي كل حق الدعوى مكنات (الطلب والدفع) بأن يستعملها بحرية في سبيل مصلحته الذاتية المتمثلة في تقرير من القضاء.[1]

وإذا كان المبدأ الإجرائي المعروف لا يمكن لأحد أن يتقاضى لحساب الغير دون سند م(٧٤) من القانون فقد قيل بحق أن الصفة في صاحب الحق بديهي، ويجب أن تثبت في المدعي والمدعى عليه.[2]

إذن فالعبرة في تحديد أشخاص الحق الإجرائي هي بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم فعلا إجراءاتها، فقد يكون المدعي والمدعى عليه ممثلا في الإجراءات بواسطة شخص آخر، كما لو كان قاصرا ومثله الولي والوصي، أو كان شخصا اعتباريا كشركة يمثلها مديرها، ففي هذه الحالات يظل المدعي أو المدعى عليه هو الأصيل الذي ينسب له الحق الإجرائي.[3]

نخلص من ذلك إلى أن صاحب الحق الإجرائي يثبت للخصوم جميعا مدعى ومدعى عليه.

---

(١) راجع تفصيلا – أحمد حشيش – الرسالة – ص٨٤ .

(٢) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – ص٢١٣ – مرجع سابق .

(٣) راجع د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٤٤٧ – المرجع السابق .

المبحث الثالث
نطاق الحق الإجرائي

الحقوق الإجرائية هي تطبيقات خاصة للقانون الإجرائي ومضمون[1] هذا الحق يكون في الحقوق المتولدة عن استعمال الدعوى القضائية، وهي السلطات أو المكنات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه، وهذه السلطات تتمثل بصفة أساسية سلطة الطلب القضائي (بأنواعه المختلفة، وسلطة الدفع أو وسائل الدفاع)، وسلطة الإثبات القضائية والحق في الطعن م(١٧) من القانون

وإذا كان الأمر كذلك فإن الحق في الطلب القضائي المتضمن بطلان العقد، أو طلب فسخ العقد، يعتبر من الحقوق الإجرائية .

وإذا كان حق الدفع بأنواعه ليست إلا سلطات إجرائية من سلطات استعمال حق الدعوى القضائية، فيكون الدفوع الموضوعية – الدفع بالحبس – الدفع بالمقاصة – وغيرها تعتبر من الحقوق الإجرائية التي تنشأ من استعمال حق الدعوى القضائية ذاتها المنظمة في قانون المرافعات[2] (قانون القضاء).

والحق في الإثبات القضائي ليست إلا مكنة إجرائية منحها القانون للخصم في أن يقدم للمحكمة الأدلة المثبتة لدعواه أو لدفعه[3]، وهذا الحق مقرر لكل من المدعي والمدعى عليه، والقاعدة العامة في ذلك أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات ادعائه، يكون للخصم الآخر الحق في نقضه، وإثبات عكس ما يدعيه خصمه.

كما أن الحق في الطعن بالأحكام تعتبر من الحقوق الإجرائية البحتة، فهو مكنة أو سلطة إجرائية نشأ في الخصومة نتيجة لصدور حكم فيها، وهو حق مستقل عن الحق في الدعوى، ولكنه نتج عنها وينفرد بنظام خاص[4]، فصاحب الحق في الاستئناف يكون لأشخاص الدعوى الذي فصل فيها الحكم[5]

وإذا كان الحق في التنفيذ نظم في قانون المرافعات والتنفيذ فأن طلب التنفيذ القضائي[6] يخضع لما تخضع لها الطلبات القضائية من إجراءات، ومكنات ومن هنا ذهب الرأي السائد في الفقه إلى نعت

---

(١) راجع حول اختلاط مضمون الحق ومحل الحق، د/ حسن كيره – أصول – ص١٠٠٩ – مرجع سابق .

(٢) د/ فتحي والي – البطلان – رسالة مطبوعة – ص١٤٠ – رقم (٧٠).

(٣) د/ سعيد الشرعبي – الرسالة السابقة – ص ٥٣٠ – رقم (٨١٢) .

(٤) د/ فتحي والي – الوسيط – ص٦٨٢ – مرجع سابق .

(٥) د/ رمسيس بهنام – الإجراءات الجنائية – ص٣٧٨ – ٤٠٤ – مرجع سابق

(٦) راجع تفصيلا كتابنا – قانون التنفيذ الجبري ، دراسة مقارنة للقانون ومشروع تعديله– منشورات الشرعبي – صنعاء –٢٠٠٢م – ص٣٣ وما بعدها.

التنفيذ الجبري بالتنفيذ القضائي[1]، وبالتالي فشل الاتجاه الذي يرى أن التنفيذ الجبري هو تنفيذ إداري[2] أو فصله عن قانون المرافعات[3]. وأن شئنا التدليل إلى ما نذهب إليه يمكننا الرجوع إلى م(٣٢٧) من القانون المتضمنة الصيغة التنفيذية والتي تصبغ الصفة القضائية للتنفيذ الجبري والتي تنص على أن (تكون الصيغة التنفيذية كالآتي: بقوة الشرع والقانون فأن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند ... الخ)، والمادة (٣٢٠) والتي تقضي أن رقابة قاضي التنفيذ تكون سابقة على إجرائه، فالقاضي هو الذي يأمر معاونه بإجراء التنفيذ على طلب التنفيذ المقدم من صاحب الحق في التنفيذ، كما أن قاضي التنفيذ يوقع عقب كل إجراء يقوم به معاون قاضي التنفيذ.[4]

نخلص من ذلك إلى أن نطاق الحقوق الإجرائية هي الحقوق التي ينظمها قانون المرافعات (قانون القضاء) وتشمل جميع الطلبات والدفوع والحق في الإثبات والحق في الطعن والحق في طلب التنفيذ وغيرها من الحقوق التي تتولد أو تنشأ أمام القضاء[5].

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – قواعد التنفيذ الجبري – ١٩٩٠م – القاهرة – ص١٧، د/ أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ الجبري – ص٢٣ – رقم (١٧)، د/ وجدي راغب – النظرية العامة للتنفيذ – ص ١١، د/ محمود هاشم – القواعد العامة للتنفيذ القضائي – ١٩٨٠ وهو ما يفيد من عنوان الكتاب، د/ محمد أحمد مرغم – إجراءات التنفيذ – ص٦٥ وما بعدها مرجع سابق .

(٢) د/ محمد حامد فهمي – تنفيذ الأحكام – رقم (١١)، د/ عبد الباسط جميعي – طرق تنفيذ الأحكام – ص٤٢– مرجع سابق.

(٣) فصلت بعض التشريعات بين قانون المرافعات وقانون التنفيذ كما هو الحال في قانون التنفيذ العراقي – رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠م .

(٤) راجع ص ٣٨ من كتابنا السابق الإشارة إليه .

(٥) راجع أحمد حشيش – الرسالة السابقة – ص٤٣، ٢٨٩، د/ وجدي راغب – مبادئ – ص٢٣٩– مرجع سابق، المذكرة التفسيرية للمشروع– ص٢١ .

المبحث الرابع
شـــروط الحـــق الإجـــرائي

يقصد بالشرط (تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه).[1] وعلى ذلك فشروط الحق الإجرائي الطلب (الإدعاء) أو الدفع هي الشروط اللازمة لقبول هذا الحق، فبتوافرها يجب على المحكمة نظره، أما إذا تخلف أحدها فإنه – تطبيقا لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات– لا تنظر المحكمة فيه وتصدر حكما بعدم القبول.[2]

وقد اختلف الفقه الإجرائي في شروط الحق الإجرائي، الطلب (الإدعاء) أو الدفع وهي شروط حق الدعوى، والتي تمارس عن طريق الطلب والدفع، فذهب بعض الفقه إلى اشتراط أربعة شروط هي وجود الحق والمصلحة، والصفة، والأهلية[3]، بينما يذهب البعض إلى حصر شروط استعمال الدعوى بثلاثة شروط وهي الأهلية، والصفة، والمصلحة[4]، ويرى فريق ثالث أن شروط الدعوى هي المصلحة، والصفة، والميعاد القانوني، وعدم وجود مانع قانوني[5]، ويرى فريق رابع أن الشرط الوحيد هو شرط المصلحة[6]، وقد نص القانون اليمني المواد (٧٥، ٧٦، ٧٧) على أن شروط الحق في الدعوى هي المصلحة، والصفة، وعدم وجود مانع قانوني، ونتكلم عن ذلك باختصار مع ملاحظة أن الشروط الشكلية المتعلقة بـ(الطلب أو الدفع) تعتبر شروطا للصحة وليست شروطا للقبول م(٧١) وأن

---

(١) الجرجاني– التعريفات ص١٣١– مرجع سابق، راجع الشيخ محمد الأمين– مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة– بيروت– لم يذكر تاريخ النشر– ص٤٢، أما الشرط في اللغة فهو العلامة – المكان السابق .

(٢) د. فتحي والي– الوسيط– ص٦٦– رقم (٣٧).

(٣) راجع د/ فتحي والي– الوسيط– ص٥٦ رقم (٢٨)– مرجع سابق، د/ عبد المنعم الشرقاوي الرسالة ص ٤، ٥٧، د/ أحمد أبو الوفا – المرافعات – ص١٧٠ – مرجع سابق .

(٤) راجع محمد وعبد الوهاب العشماوي - قواعد - ج١ – ص٥٦٢ – مرجع سابق .

(٥) د/ أحمد مسلم – أصول – ص٣١٧ وما بعدها – رقم (٢٨٦)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة – ص٢٠٧ – مرجع سابق، د/ احمد هندي – المرافعات – ص٤٥٣.. راجع د. السيد محمود ، المصلحة في الدعوى الدستورية، حلقة نقاش عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ ٢٠٠١/٤/٨م ، تصدر عن جامعة الكويت، ملحق عدد ديسمبر ٢٠٠١م ، د. محمد نايف العتيبي، المصلحة في دعاوى الإلغاء، المكان السابق ص ٤١، د. إبراهيم الدسوقي، المكان السابق، ص ٤٥

(٦) د/ نبيل عمر– الطعن بالاستئناف– ص١٩٢– مرجع سابق، أحمد حشيش– الرسالة السابقة– ص٨٤، د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٢٠٤ وما بعدها، الشرقاوي وجميعي ص٢٥ – رقم (١٩٠)، قارن د فتحي والي– الوسيط– ص٦٧– رقم (٣٧).

كانت المحكمة تقرر عدم قبول الدعوى شكلاً إذا عجز الخصم في استكمال الناقص أو تصحيح الإجراءات الباطلة في الميعاد م(٧٢) فإن هذا القرار يستند إلى عدم صحة الدعوى لفقدانها شرطاً من شروطها الشكلية، أي أنه إذا تخلف شرط من شروط صحة المطالبة القضائية فإن وسيلة التمسك بذلك هي الدفع ببطلان المطالبة القضائية.(١)

والواقع أن الخلاف السابق على شروط قبول الدعوى لا يعبر عن خلاف يترتب عليه نتائج قانونية عملية، ذلك أن الفقه الذي يعتبر أن المصلحة هي الشرط الوحيد في الدعوى حاول إدماج بقية الشروط في شرط المصلحة.(٢) لذلك سنحاول الكلام عن شروط قبول الدعوى طبقاً للقانون اليمني في المطالب الآتية:

المطلب الأول: المصلحة.

المطلب الثاني: الصفة.

المطلب الثالث: عدم وجود مانع قانوني .

المطلب الأول

المصلحة

اتفق الفقه الإجرائي على اعتبار المصلحة بمثابة شرط من شروط قبول واستعمال حق الدعوى وهي الفائدة العملية المشروعة المراد تحقيقها من القضاء(٣)، والذي ينشأ عنه الحقوق الإجرائية الأخرى بنفس الشروط وقد نص القانون اليمني على ذلك م(٧) والتي تنص على أنه (لا تقبل دعوى ولا طلب ولا دفع لا تكون لصاحبها مصلحة...).

والمصْلحة هي غاية (Fin) أو هدف الدعوى(٤)، ويرجع هذا التعريف إلى (أهرنج) بقوله (الحق مصلحة محمية قانوناً)، وهو بذلك قصد تعريف الحق ولكنه أخفق في ذلك وعرف غاية الحق، وهي فكرة واجبة التحديد لاسيما في معيار التعسف المرتبط بالغاية للحق.(٥)

---

(١) راجع د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٨١ مرجع سابق، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص٤٣٩ - مرجع سابق.

(٢) راجع تفصيلاً د/ أحمد خليل -المرافعات - ص٢٠٤ وما بعدها - مرجع سابق .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٥/١٦م لسنة ٢٣ - مجموعة أحكام النقض - ص٩٣٣، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبدالفتاح - نحو فكرة عامة - ص٢٠٨، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص٣٥، الشرقاوي - ص ٥٦، د. فتحي والي- الوسيط- ص٦٧- رقم (٣٧).

(٤) د/ نبيل عمر - سبب الطلب القضائي - رسالة مطبوعة - ص١٦٧ .

(٥) أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٢٨٩، راجع تفصيلاً د/ حسن كيره - أصول ص ١١٣٣ - رقم (٤١١) مرجع سابق.

فإذا كانت الدعوى القضائية حقا ذاتيا[1] إجرائيا يرد على محلها الإدعاء[2]، والدفـع م(١٧) مـن القانون اليمني، فإن هذا الحق يكون لكل صاحب حق (مدعي، ومدعى عليه) وهدف هذا الحـق هـو الحصول على تقرير من القضاء .

والمصلحة في حق الدعوى تختلف عن الحق التي تهدف لحمايته[3]، ولأن المصلحـة فـي حـق الدعوى تختلف عن الحق المراد حمايته لأنه موجود وقائم قانونا ويخضع للقواعد القانونية الموضوعية رغم الاعتداء عليه[4]، أما المصلحة في حق الدعوى تخضع لقواعد قانون القضاء (قانون المرافعات)، وهي بذلك ترفع لدفع العدوان على الحق المراد حمايته. والهدف منها عملي هو ابتغـاء ثمـرة هـذا الحق[5]، وحق الدعوى قد يوجد غير مستند إلى حق موضوعي كما هو الشأن في دعـاوى الحيـازة، والإثراء بلا سبب، وقد يظل حق الدعوى رغم زوال الحق المراد حمايته كمـا فـي حالـة الالـتزام الطبيعي.[6]

ويقصد بكونها (فائدة عملية) أن المسائل النظرية لا تصلح لذاتها أن تكون محلا لدعوى قضائيـة، فالقضاء ليس دارا للإفتاء، ولا مجال للمجادلات النظرية البحتة.[7] ويجب توافر شرط المصلحة فـي المدعي والمدعى عليه عند طرح (الطلب والدفع).

وقد ذهب البعض إلى أنه يشترط أن تكون المصلحة قانونية أي أن تستند إلى حق يحميه القـانون، أي أن يكون موضوع حق الدعوى مطالبة بحق أو مركز قانوني أي لا تخالف النظام العام والآداب.[8] وهذا المبدأ هو تطبيق للقاعدة اللاتينية ومضمونها أنه لا يجوز لأحد أن يحتج أمام القضاء بفحش صدر منه[9]، لذلك انتقد البعض هذا الوصف واعتبار المصلحة المجرد مـن الوصـف بالقانونيـة[10]، لأن اشتراط قانونية المصلحة يعني الخلط بين فكرة عدم القبول وفكرة رفض الطلب لعدم حسن تأسيسه.[11]

---

(١) د/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص٤١ – مرجع سابق .

(٢) د/ محمد إبراهيم – تكييف الدعوى – ص٣٥ – مرجع سابق .

(٣) د/ أمينة النمر – الدعوى – ص٢٠ – مرجع سابق .

(٤) المكان السابق، د/ أحمد مسلم – أصول – ص٣١ – مرجع سابق.

(٥) د/ أحمد مسلم– أصول– ص٣١٥، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح– نحو فكرة عامة– ٢٠٥– مرجع سابق .

(٦) د/ أمينة النمر– إجراءات الدعوى– ص٢٠، راجع نقض مصري في ١٩٦٥/٢/١٧م لسنة ٣٥ المكتـب الفنـي– س٢٠ –ص١٧٠.

(٧) د/ أحمد مسلم – أصول – ص٣١٥، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو – ص٢٠٨ – مرجع سابق.

(٨) د/ وجدي راغب – مبادئ – ص٩٤، الشرقاوي – الرسالة – ص٥٧، د/ أمينة النمـر – إجـراءات الدعـوى – ص٦١، د/ سعيد الشرعبي – الرسالة – ص٣٢٣، د/ أحمد خليل – ص٢٠٥ .

(٩) د/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص٨٩ – مرجع سابق .

(١٠) أستاذنا الدكتور عزمي عبد الفتاح– المكان السابق.

(١١) عكس ذلك د/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص٥٢، أحمد حشيش – الرسالة السابقة – ص٣٥٩ .

وقد تطلب أغلب الفقه أن تكون المصلحة واقعية[1]، وأن تكون حاله، ويقصد بواقعية المصلحة أن يوجد مبرر واقعي يعبر عن الحاجة الفعلية للحماية القضائية[2]، ويتوقف وصف الواقعية والحالة في الحالات التي تثور المنازعة فعلاً في حق الدعوى أو مركزه القانوني، أو يعتدي عليهما، لذلك ذهب بعض الفقه إلى أن المصلحة المحتملة لا تبرر رفع الدعوى إلى القضاء إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون[3]، ومع ذلك يذهب رأي في الفقه إلى أن المصلحة المحتملة تكفي لاستعمال حق الدعوى[4]، ومثل ذلك دعوى قطع النزاع، والدعوى بطلب بطلان العقود الباطلة وإلى ذلك ذهب القانون اليمني م(٧٥).

وقد اشترط البعض أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، كما يقصد أن ترفع علي الطرف السلبي في هذا الحق[5]، وانتقد شرط المصلحة الشخصية المباشرة لأنها قد تختلط بالصفة عندما يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، أما عندما يكون رافع الدعوى شخصا خوله القانون رفع الدعوى نيابة عن صاحب الحق، فهنا تكون الصفة مختلفة عن المصلحة[6] ويخلص هذا الرأي إلى أن وصف المصلحة بالشخصية المباشرة ليست شرطا في المصلحة.[7]

وإذا كانت المصلحة هي شرطا لقبول الحق الإجرائي الطلب (الادعاء) والدفع[8] م(١٧) من القانون اليمني فأن العبرة في توافر المصلحة هي بوقت نظر هذا الحق والفصل فيه دون اعتداد بتاريخ رفعه[9]، والعبرة بتوافر المصلحة في الحق بالطعن وقت تولده أي وقت صدور الحكم المطعون فيه[10].

---

(١) د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٤٦١، د/ أحمد خليل – ص٢٠٦ – المرجع السابق .

(٢) د/ فتحي والي – الوسيط – ص٦٤ رقم (٣٦)، د/ أمينة النمر – إجراءات الدعوى – ص٧٢، د/ أحمد مسلم أصول – ص٣١٨، د/ سعيد الشرعبي – ص٤٢٤، د/ أحمد هندي – ص٤٦١– مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد مسلم – ص٣١٩، د/ أمينة النمر – ص٧٣ – المكان السابق، د/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص١٠٠، د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٤٧٠ – مرجع سابق.

(٤) د/ أحمد مسلم – ص٣٢٠، أحمد هندي – ص٤٧٣ ص٤٧٤ – مرجع سابق .

(٥) عبد المنعم الشرقاوي – الرسالة ص ٤٠١ .

(٦) د/ سعيد الشرعبي – الرسالة – ص٣٨٦، د/ أحمد مسلم – أصول – ص٣٢٩ – مرجع سابق.

(٧) راجع د/ أمينة النمر – الإجراءات الدعوى – ص٧٩ – مرجع سابق، راجع حكم المحكمة العليا – الدائرة المدنية– بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٦م منشور بواسطة د/ حسن مجلي – المرجع السابق– ص٩٥ .

(٨) د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٤٥٩ .

(٩) المكان السابق، عبد المنعم الشرقاوي، الرسالة، ص ٧٩، رقم ١٦٠، د. وجدي راغب، مبادئ، ص١٢٩، د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ج١، ص ٢٢٧.

(١٠) راجع د/ إبراهيم نجيب سعد – ج٢ – ص٣١٢ .

والتفرقة السابقة ترجع إلى أن الحق الإجرائي، الأول ينشأ عند استعماله أي عند النظر فيه والفصل فيه، أما بالطعن يتولد أمام القضاء، وينشأ بصدور الحكم ويكون جاهزاً للاستعمال.

وشرط المصلحة لقبول الحق الإجرائي تتعلق بالنظام العام، كون ذلك يتعلق بوظيفة القضاء لأن هذا الشرط يقصد به ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء والحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى، وتخفيف العبء عن القضاة مما يؤدي إلى سير القضاء سيراً حسناً، وهذا يحقق المصلحة العامة في المجتمع[1]. ويترتب على كون هذا الشرط من النظام العام أن يكون للمحكمة أن تحكم في حالات انتفائه (بعدم القبول) [2] – م (٧٦) من القانون – من تلقاء نفسها .

المطلب الثاني

الصفــــــة

اشترط القانون اليمني م(٧٦) الصفة في رفع الدعوى، وهي عباره عن السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى ويستمدها المدعى من كونه صاحب الحق في الدعوى، أو نائباً عن صاحب الحق، وأما الصفة في المدعى عليه، فتتمثل في كونه الذي ترفع الدعوى في مواجهته وهو المسئول عن تجهيله[3]، لذلك قيل أن المدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها.[4] على أنه قد يخول القانون غير صاحب الحق ومن ليس نائباً عادة عنه في حالات استثنائية حق رفع الدعوى، نظراً لمصلحته الشخصية في ذلك مثل دعوى الحسبة، ودعاوى الجمعيات والنقابات .

وذهب رأي إلى أن الصفة ليست شرطاً مستقلاً لوجود حق الدعوى وأنها تندمج في شرط المصلحة الشخصية المباشرة.[5]

وعلى ذلك فالحق الإجرائي لا يقبل إلا من صاحبه أو من ينوب عنه وإذا تخلفت الصفة في صاحب الحق الإجرائي كانت الدعوى غير مقبوله. ويتولد عن ذلك دفعا بعدم القبول م(٧٦) من القانون. إلا أنه متى اكتسب المدعي هذه الصفة أثناء نظر الدعوى. طبقاً للإجراءات المنصوص عليها

---

(١) د/ أحمد هندي – المرافعات – ٤٦

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص في ١٩٧٩/١/١٧م – منشور في مدونة أبو السعود – ص ٥٩ .

(٣) د/ أمينة النمر – ص٨٩ – المرجع السابق، د/ سعيد الشرعبي – الرسالة – ص٣٢٦، د/ أحمد هندي – ص٤٩٢ – مرجع سابق

(٤) راجع علي الشريف الجرجاني – التعريفات – ص٣٣٠

(٥) أحمد حشيش – الرسالة – ص٢٩٣ و ما بعدها، أستاذنا الدكتور نبيل عمر – الطعن بالاستئناف – ص١٩٢.

في القانون، فإن العيب الذي شاب صفته عند رفعها قد زال وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها، ولا يكون للمتقاضي الآخر مصلحة في التمسك بهذا الدفع[1]، وإذا زالت صفة المتقاضي أثناء نظر الدعوى، كما في حالة التنازل عن حقه، فإن الحق الإجرائي- الطلب أو الدفع- يكون غير مقبول لانعدام الصفة.[2]

وعليه يجب أن تتوفر الصفة في المدعي والمدعى عليه معا[3]، وعلى ذلك لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه صفة.[4]

وقد نص القانون م(٧٦) على أن شرط الصفة يتعلق بالنظام العام، ويرجع ذلك إلى وجوب قصر سلطة الالتجاء إلى القضاء على أصحاب الحقوق في الحماية القانونية المطلوبة ومنح هذه الحماية لهم وحدهم فتخف أعباء المحاكم ويحسن أداء القضاء لوظيفته، وهذه الاعتبارات تمس المصالح العامة في المجتمع.[5]

المطلب الثالث

عدم وجود مانع قانوني

بالإضافة إلى الشروط العامة لقبول الدعوى هناك شروط خاصة لبعض الدعاوى، وهي الشروط القانونية المانعة لقبول الدعوى، ويقصد بشرط عدم وجود مانع قانوني أي شرط نص عليه القانون

---

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٨/٢/١٩م طعن رقم – ٢٣٥٧، لسنة ٥٦ ق – منشور في موسوعة الفكهاني – ص٤٤٣ – رقم (٦٤٤).

(٢) راجع د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٤٩١ – مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد خليل – المرافعات – ص٢٢١ .

(٤) راجع أحكام النقض الآتية: حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٢/١/١٣م الطعن رقم (٢١٠٧) لسنة ٥٠ ق – منشور في المدونة الذهبية– أبو السعود– ص٦٥، وراجع نقض مصري في ١٩٧٩/٥/٧م المكان السابق– ص٥٧، ١٩٨٨/٤/١٣م ، ١٩٧٩/٥/١٩م نفس المكان، ١٩٧٨/١٠/٣٠م، ١٩٧٨/١٢/٢٧م، ١٩٧٩/٥/٧م– المكان السابق– ص٥٤، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٢/١/٢٥م المكان السابق – ص٤٣٢، حكم المحكمة العليا– الدائرة المدنية– بتاريخ ١٩٩٩/٤/١٨م منشور بواسطة الدكتور/ حسن مجلي– المبادئ القانونية والقضائية في المسائل المدنية– ط١– صنعاء ٢٠٠٣م– ص٤.

(٥) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قانون المرافعات – ص٢٥٥ – رقم (١٦٢)، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا– التعليق – على المادة (١١٥) ص٥٥٢، راجع عكس ذلك – أي أن الدفع بعدم القبول للانتفاء الصفة لا يتعلق بالنظام العام – الشرقاوي – رقم (٣٨٨) وما بعده – الرسالة السابقة، وحكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٦/٢/٦م رقم ١٨٨٣– ٢ ق، وحكم ونقض في ١٩٧٤/٣/٢٦م – ٢٥–١١٥٣ . جميعها منشورة بواسطة المدونة الذهبية، أبو السعود، ص ٥٤، وما بعدها.

يكون بمقتضاء منع رفع الدعوى، وهذا يمنع الشخص قانوناً من الالتجاء إلى المحاكم العادية[1]، قد يكون هذا المانع منصوص عليه في قانون المرافعات أو في القانون الموضوعي.

وإذا كان الأصل العام أن حق الإدعاء والدفع مكفولا للكافة م(١٧) من القانون، إلا أنه توجد حالات محددة ينتفي فيها هذا الحق بنص قانوني، ومن أمثلة ذلك ما نص عليها قانون المرافعات اليمني، م(٧٧)، والتي تنص على أنه لا تقبل دعوى صدر فيها حكم قائم... الخ.، كما لا تقبل الدعوى إذا وجد أي مانع قانوني آخر منصوص عليه في القوانين النافذة.

وقد حدد قانون المرافعات مواعيد لإقامة (الطلب) الإدعاء والدفع، ومخالفة ذلك يؤدي إلى عدم قبول الطلب أو الدفع لوجود مانع، أو تخلف شرط من شروط قبولهما، ومثل ذلك ميعاد الاستئناف وميعاد النقض، ووجوب تقديم الطلبات العارضة والتدخل قبل قفل باب المرافعة، وتقديم طلب وقف التنفيذ في صحيفة الطعن بالنقض، وتقديم طلب الرد قبل أي دفع أو دفاع، وطلب استئناف الأحكام الفرعية بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، وتقديم الدفوع الإجرائية قبل التعرض للموضوع .

فجميع القيود الزمنية للإدعاء (الطلب) أو الدفع تعتبر شرطاً لقبولهما، فهي تتعلق بسلطة الشخص في الالتجاء إلى المحاكم، وسلطة المحاكم في منح الحماية القضائية [2]، ويترتب على ذلك عدم قبول الإدعاء (الطلب) أو الدفع لمخالفة مواعيد إقامته ولو كان القانون قد قرر جزاء آخر، كما هو الحال اعتبار الحجز كأن لم يكن لعدم إقامة دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من توقيعه، ومخالفة ميعاد إقامة هذه الدعوى يترتب عليها اعتبار الحجز كأن لم يكن وعدم قبول الدعوى التي تقام بها بعد انتهائه.[3]

والحال كذلك في مخالفة المواعيد المحددة لإقامة الدعوى في القانون الموضوعي كما هو الحال في دعاوى الشفعة، فإن هذا الأمر يتعلق بقبول الإدعاء (الطلب) وسلطة الالتجاء إلى المحاكم ويكون جزاء المخالفة هو عدم القبول م(٧٧) من القانون اليمني.[4]

خلاصة القول إن تحديد القانون لترتيب زمني يعتبر قيداً على سلطة الأشخاص في تقديم الإدعاء (الطلب) أو الدفع وهو يتعلق بقبوله، ويعتبر هذا القيد من النظام العام.[5]

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة – ص٢١٥، د/ أحمد خليل – ص٢٢٣ .

(٢) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – إجراءات الدعوى – ص٨٧– مرجع سابق .

(٣) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – ص١١٨ – مرجع سابق .

(٤) وأن كان البعض يرى أن هذا الشرط يتعلق بعناصر الحق الموضوعي وبالتالي لا يعتبر شرطاً من شروط القبول، وإنما يكون محله هو الدفع بعدم جواز النظر راجع د/ أمينة النمر – ص ١٠٨ – المكان السابق .

(٥) راجع أحكام محكمة النقض المصرية الآتية: حكم في١٩/٢/١٩٨٠، ٢٢/٥/١٩٥٠، ٢٥/١٢/١٩٥٢، ٢٣/٤/١٩٥٩ – جميعها منشوره في أبو السعود– ص٤١٨ وما بعدها، حكم المحكمة العليا– الدائرة المدنية– لسنة ١٩٥٨م– منشور بواسطة د. حسن مجلي– مرجع سابق– ص١٢، وحكمها بتاريخ ٢٨/٧/١٩٩٩م– المكان السابق– ص١٦

ومن الموانع القانونية لقبول الإدعاء (الطلب) أن يكون الطلب الإضافي والمقابل مما نص عليه القانون صراحة، ووجوب توافر الارتباط بين ادعاء (الطلب) التدخل، والإدعاء (الطلب) الأصلي... الخ، كما يعتبر مانعا لقبول الدفع من وجوب إبداء جميع الأوجه التي يبنى عليها الدفع الإجرائي معا.

وإن كان البعض يرى أن فكرة (المصلحة) هي الشرط الوحيد لاستعمال حق الدعوى القضائية (الإدعاء والدفع) وأن باقي الشروط من الممكن بشكل أو بآخر أن توجد كأوصاف لشرط المصلحة اللازمة لقبول الطلب القضائي، وعلى ذلك فشرط الصفة والمانع القانوني المنصوص عليه في القانون الإجرائي أو الموضوعي – المدة أو الميعاد وعدم سبق الاتفاق على التحكيم والصلح وعدم سبق الفصل في الموضوع وغير ذلك من الشروط – يمكن دمجها كلها في شرط المصلحة اللازمة لقبول الإدعاء (الطلب) والدفع.[1]

نخلص من ذلك إلى أنه يجب أن تتوافر الشروط السابقة حتى يكون الحق الإجرائي صالحا لكي ينظره القاضي، وتسمى هذه الشروط بشروط قبول الدعوى، وهذه الشروط هي ذاتها شروط استعمال الحق الإجرائي الطلب بأنواعه والدفع بأنواعه، ويفصل في موضوعه بصرف النظر عما إذا كان يستند إلى حق موضوعي فعلا أم لا[2]، وعلى ذلك فالحق الإجرائي يجب أن تتوافر فيه شروط لقبوله، وإلا كان غير مقبول.[3]

---

(١) د/ فتحي والي –الوسيط – ص٧٠، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص١٠٥، أحمد حشيش – الرسالة – ص٣٤٦ وما بعدها .

(٢) راجع د/ أحمد خليل – المرافعات – ص٢٠٣ – مرجع سابق .

(٣) د/ وجدي راغب – طبيعة الدفع بالتحكيم – مؤتمر العريش ١٩٨٧م تجميع د/ أحمد جامع – القاهرة – ١٩٨٨م – ص٩٩، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٠/٤/٢٦ – أبو السعود- ص٦١، راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا – التعليق على م(١١٥) ص٥٥٠ – مرجع سابق، عكس ذلك في الفقه الإسلامي، راجع تفصيلا د. فتحي الدريني- نظرية التعسف في استكمال الحق- بيروت- ط٣- ١٩٧٧م- ص٢٥ وما بعدها.

المبحث الخامس

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي

تمهيد: تنظيم التعسف في استعمال الحق الإجرائي:

سبق القول أن التعسف لا يرد إلا على استعمال الحق دون استعمال الحريات أو الرخص العامة، ففي أحكام المسئولية ما يكفل لرقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره وأضراره.[١]

وإذا كان لكل حق غاية وهدف معلوم وله قيمة قانونية وهي التي تبرر حماية القانون لهذا الحق، فأنه يجب التزام هذه الغاية، أو الهدف وعدم الانحراف في استعمال الحق عنه، وقد استقرت نظرية التعسف في جميع القوانين، ومحلها في تعيين القانون المدني، ولم تقنن في قانون المرافعات وبصدور قانون المرافعات اليمني الجديد رقم (٤٠) لسنة٢٠٠٢م. قننت هذه النظرية في القانون الإجرائي م(١٧) والتي تنص على أن (حق الادعاء والدفاع مكفولان وفقا لأحكام القانون) وقد كان النص في المشروع ولا يجوز استعمالهما) ، رغم أن الفقه الإجرائي مستقر على أن هذه النظرية يجب إعمالها في القانون الإجرائي مع عدم النص صراحة عليها في القانون الأخير[٢] ، على اعتبار أن التعسف يرد على جميع الحقوق استثناء[٣] . وعلى ذلك نتكلم عن معيار التعسف في الفقه الإسلامي وفي النظرية العامة ، وفي قانون المرافعات .

---

(١) د/ حسن كيره – ص ١١٦٧ .

(٢) المكان السابق – ص ١١٤٧، ١١٤١ – رقم (٤١٣)، د/ وجدي راغب – مبادئ –ص٢٤٥ وما بعدها، عبد المنعم الشرقاوي – الرسالة – ص٥١، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول– ص٧٠، أستاذنا الدكتور/ عزمي – نحو فكرة عامة – ص٢٤١ وما بعدها، أحمد حشيش – الرسالة – ص٣٨٩، د/ أحمد هندي – المرافعات – ص ٦٠٩، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قانون المرافعات – ص٢٣٣ – رقم (١٢٤)، مراجع تفصيلاً أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات – الطبعة السادسة ١٩٨٩ – الإسكندرية – ص١٥١ – رقم(٦٠)، وكتابه الدفوع – ص٥٠، د. آدم وهيب– شرح قانون الإثبات– بغداد ١٩٨٦م– ص٦٥.

(٣) راجع تفصيلاً د/ حسن كيره – ص١١٤٧ – رقم (٤١٤)، ولم تنص معظم التشريعات الإجرائية على فكرة التعسف في استخدام الحق الإجرائي كمبدأ عام فيها عدا النص في القانون الفرنسي م(١/٣٢) والتي تقضي بجواز الحكم بالتعويض عند الاستخدام التعسفي أو التسويفي لحق الدفع .

المطلب الأول

معيار التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والنظرية العامة

أولا: معيار التعسف في الفقه الإسلامي:

فكرة التعسف معروفة في الفقه الإسلامي، وقد اختلف الفقهاء المسلمون على أساسها[1]، ونعتقد أن أساس معيار فكرة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية تكون في فكرة تحريم (الإسراف) في استعمال الحق، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات) هذا الحديث يعطينا عمقا كبيرا في المعنى بالنسبة للحلال والحرام، ويعني قوله صلى الله عليه وسلم (الحلال بين) إن الحلال ظاهر وواضح[2]، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم (وبينهما أمور مشتبهات)[3] أي أن المتشابهة تأتي من الإسراف، والإسراف معناه تجاوز الحد، فبعض الناس يسرفون في استخدام الحلال، فيزيدون منه[4]، قال تعالى (وكلوا واشربوا ولا تسرفوا أنه لا يحب المسرفين)[5] فالإسراف في استعمال الحق، أو في أي شيء يبغضه الله ولا يحبه[6]، فقد يكون الشيء حلالا في ذاته، ولكن الذي يأتيه عن طريق حرام، أو قد يكون الشيء حلالا وعن طريق مشروع، ولكن الذي يأتيه أخذ منه فوق حاجته فيكون إسرافا[7]، وكان العباس عم رسول الله صلى الله غليه وسلم يقول: (كنا نترك ثلاثة أرباع الحلال خوفا من شبهة الحرام)[8]. وهكذا يمكن القول أن أساس (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي يكون أساسه في تحريم الإسراف في استعمال هذا الحق، وقد قيل بحق أن أساس هذه النظرية في الفقه الإسلامي هو (أن لا يكون استعمال الحق منافيا لمقاصد الشرع)، ومقاصد الشرع تعني بوجه عام روح القانون، ومبادئه الأساسية العامة، كما تعني بوجه خاص الغرض أو الغاية من تقرير الحق وبالتالي ينتج عن ذلك تحريم التعسف في استعمال الحق[9].

---

(١) راجع د. فتحي الدريني- نظرية التعسف في استعمال الحق- ص٢٤٢ وما بعدها.

(٢) محمد متولي الشعراوي- الحلال والحرام- مؤسسة أخبار اليوم- القاهرة- لم يذكر تاريخ النشر- ص٣٠ .

(٣) رواه البخاري ومسلم.

(٤) المكان السابق – ص٣٧ .

(٥) الآية (٣١) من سورة الأعراف .

(٦) محمد متولى الشعروای – المكان السابق .

(٧) المكان السابق .

(٨) نقلا عن المكان السابق – ص٣٨ .

(٩) د/ حسن كيره – أصول القانون – ص١١٥٤ – رقم (٤١٤).

ثانياً: معيار التعسف في فقه النظرية العامة:

اختلف فقهاء القانون[١] حول تحديد معيار محدد للتعسف إلى مجموعة من المعايير أهمها:

أ- معيار التعسف في النظرية العامة (للمسئولية التقصيرية):

ارجع البعض فكرة التعسف في أعمال الحق إلى المسئولية التقصيرية، وأنها تطبيق من تطبيقات المبدأ الأخير، والبعض الآخر قد جعل من الخطأ عماد المسئولية، وبالتالي اعتبار التعسف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ التقصيري[٢]، وقد حاول البعض إيجاد معيار للتعسف في نية الأضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه، أو عند تخلف هذه النية في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر والمعيار الأخير اعتبر دور نظرية التعسف في استعمال الحق دوراً أخلاقياً [٣].

ب- معيار التعسف (بالانحراف عن الغاية):

ذهب الفقه الحديث إلى القول أن معيار التعسف يحدد تحديداً طبيعياً بالانحراف عن غاية الحق[٤] وتوازن المصالح وإذا كان معيار (قصد الإضرار بالغير) هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً، بمعنى أن يكون الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق[٥]، فإن إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمر عسير، فإن القضاء يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق في استعماله لحقه، معتبراً هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الأضرار عنده[٦]، لذلك ينبغي أن تكون مصلحة صاحب الحق ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يحصل للغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً، فهذا دليل على انحراف في استعمال الحق[٧]، وهذا المعيار يبرز فكرة توازن المصالح التي يراها بعض الفقه أساساً لنظرية التعسف في استخدام الحق.[٨]

---

(١) راجع تفصيلاً د. فتحي الدريبي- ص٣٠٨ وما بعدها.

(٢) راجع في عرض ذلك د. حسين كيره-أصول- ص١٠٨٥ وما بعدها- رقم (٤٠٠) مرجع سابق.

(٣) راجع تفصيلاً - المكان السابق - ص١١٠٨ - رقم (٤٠٥).

(٤) المكان السابق- ص١١٠٩، راجع أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- سلطة القاضي التقديرية- ص٣٦٧- رقم (٢٣٩)، راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون- ص٢١ مشار إليه.

(٥) د/ حسن كيره - ص١١١٧ - رقم (٤٠٧) - مرجع سابق.

(٦) المكان السابق - ص١١١٨.

(٧) المكان السابق - ص١١٢٠ - رقم (٤٠٨) .

(٨) راجع المكان السابق - ص١١٢١- رقم (٤٠٨) .

وعلي ذلك فمعيار التعسف لا يخرج عن (التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها) [1]، وبالتالي يتوقف أعمال نظرية التعسف في الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة خاصة وأن حدود فكرة الحق- مهما بلغت دقة تعيينها - إنما ترسم مضمون الحق والتعسف إنما يتعلق بغايته.[2]

لذلك يخلص الفقه الحديث إلى إخراج نظرية التعسف عن فكرة المسئولية التقصيرية ليجعل منها مبدأ عاماً مستقلاً[3]. ذلك أن التعسف إنما يرتبط أساساً بفكرة الحق، وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية، وترتفع بالانحراف عنها، ولذلك فالتعسف يتوافر مادام صاحب الحق قد انحرف في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، وتظهر فكرة التعسف متعلقة أساساً بتصوير الحق وجعلها ميزاناً لاستعماله على ضوء غايته، لذلك تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة ولاحقه بحسب الأحوال، أما المسئولية التقصيرية فدورها علاجي فقط.[4]

وبناءً على ذلك فأنه يتعين على القاضي حينما يقوم بتقديره للتعسف في استعمال الحق، أن يعتد بمعيار المصلحة بحسبانها غاية الحق الشخصي إذ تتحدد بها الحدود الغائية للحق. ويستمد المعيار من ذات طبيعة الغاية. وهو ما يتضمن الحدود الحقيقية لغاية الحق، بحيث يعد الخروج عليها أو مناقضتها خروجاً على حدود الحق الغائية، وهو المجال الحقيقي لفكرة التعسف في استعمال الحق.[5]

المطلب الثاني

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي

طبقاً لقانون المرافعات اليمني[6]

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي هو الانحراف عن غايته[7]، يقصد بالغاية (ما لأجله وجود الشيء)[8] وغاية القضاء هي تحقيق العدل[1]، والنص العام في المادة (١٧) من قانون المرافعات

---

(١) المكان السابق - ص ١١٣٣ - رقم (٤١١).
(٢) المكان السابق - ص ١١٤٤ - رقم (٤١٤).
(٣) المكان السابق - ص١٠٨٨ - رقم (٤١١).
(٤) د/ حسن كيره - أصول - ص١١٠٤- رقم (٤٠٤- مرجع سابق .
(٥) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - السلطة التقديرية - ص٢٧٣ - رقم (٢٤٤)، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام - رقم (٦٠) - ص١٥١ .
(٦) راجع المذكرة التفسيرية، ومبررات المادة (١٦) من المشروع - ص٢١ - مشار إليه .
(٧) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- المكان السابق، أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفاء- المكان السابق، المذكرة التفسيرية- المكان السابق.
(٨) على الشريف الجرجاني- كتاب التعريفات- ص١٦٦ .

اليمني والتي وردت تحت الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان (المبادئ الحاكمة للقضاء والتقاضي) مفاده أن تكون فكرة التعسف نظرية عامة في القانون الإجرائي (قانون القضاء) هو الذي يحكم معيار التعسف دون تحديد، أو تعديد صور التعسف في استخدام الحق الإجرائي، وغاية الحق الإجرائي المنظم في القانون الإجرائي تحقيق نتيجة عادلة، ولا يكون ذلك إلا باستعمال المتقاضي للدعوى القضائية، ومن خلال هذا الاستعمال يتضح غاية القانون الإجرائي بإصدار القاضي كلمته الفاصلة في ذلك استناداً إلى الطلب القضائي المقدم من المدعي، وعلى من يدعي العكس (المدعى عليه) أن يثبت ذلك[٢]، ويأخذ نفس التنظيم الدفع وبقية الحقوق الإجرائية، ويرى البعض أن الحقوق الإجرائية تطبيق لفكرة الحق في النظرية العامة[٣]. ولكن نلاحظ أن القانون الإجرائي- قانون المرافعات (قانون القضاء) قد وضع ضوابط لاستعماله، وأهمها شرط سلبي عام مفاده عدم التعسف في استعمال الحق[٤] م(١٧) من القانون اليمني، ويكون الجزاء على مخالفة ذلك جزءً وقائياً (عدم القبول)، أو مالياً (تعويضي) أو الجمع بينهما .

وإذا كان القانون قد نص على مبدأ عام آخر م(١٨) مفاده (ممارسة حق التقاضي يقوم على حسن النية)[٥]، إلا أن هذا المبدأ يكمل فكرة التعسف، وقد برر ذلك في المذكرة التفسيرية للمشروع بالقول أن هذا المبدأ هو مكمل للمبدأ الأول (التعسف)[٦]، المنصوص عليه بالمادة السابقة، ومعيار التعسف أساسه هو انحراف المتقاضين في استعمال حقوقهم الإجرائية ومجموع المبدئين يشتملان على فكرة واحدة وهو عدم التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، ومنها حق الإدعاء والدفع المنصوص عليهما في المادة (١٧)، والحكمة من النص على المبدأ الأخير (مبدأ التقاضي بحسن نية) ليكمل المبدأ الأول (التعسف) ويضم إليه كل حقوق التقاضي والتي قد تمارس خارج إطار استعمال حق الدعوى أو الدفاع، كإجراءات التنفيذ والالتجاء إلى النيابة العامة وهي من تطبيقات حق التقاضي[٧]، ومضمون

---

(١) راجع د/ فؤاد عبد المنعم- حكم الإسلام في القضاء الشعبي- ١٩٧٣- لم يذكر مكان النشر- ص٣٣ وما أشار إليها من مراجع هامش (١).

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٣/١/١٢- ،جموعة أحكام النقض- المكتب الفني- س٢٨- ص٢٣٢.

(٣) د/ حسن كيره -أصول - ص١١٤٧ - رقم (٤١٤) مرجع سابق .

(٤) د/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٢١٤ - رقم (١٣٦) - مرجع سابق .

(٥) تنص معظم التشريعات الإجرائية على هذا المبدأ- التقاضي بحسن نية- لأن مبدأ حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم- راجع د. آدم وهيب- ص٦٧ وما أشار إليها من مراجع وأحكام، ويضيف أن ذلك من الواجبات الأخلاقية التي يلزم أن يتسم بها سلوك الخصم.

(٦) المذكرة التفسيرية لمشروع القانوني اليمني - مطبوعات مجلس النواب - ص٢١ .

(٧) المكان السابق، أراد المشرع أن تكون فكرة التعسف فكرة مستقلة بالقانون الإجرائي، لذلك وضع لها معيار محدد هو الانحراف عن استعمال الحق الإجرائي.

مبدأ التقاضي بحسن نية أن تمارس الحقوق الإجرائية بحسن نية وأن يسلك المتقاضي في الخصومة سلوك الرجل الطيب النزيه فلا يستخدم الإجراءات بقصد إطالة أمد الخصومة، كما يجب عليه الابتعاد عن الكذب والتضليل وإلا كان خصماً سيئ النية.[1] أي أن المقصود بسوء النية هنا أن يكون المتقاضي وهو يتخذ إجراءً أو طلباً، أو دفاعاً عالماً ألا حق له فيه، وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى، أو الأضرار بالخصم الآخر.[2]

ومبدأ التقاضي بحسن نية تعبيراً لظهور السبب (النفسي) أو الباعث كحد لحرية الإرادة[3]، ويتضمن ربط العمل القانوني بفكرة التعسف، والسبب النفسي- الباعث- يتمثل بنية القائم بالعمل، وإذا كان استعمال الحق الإجرائي عملاً إرادياً فأنه يجب الاعتداد بالباعث أو النية، وصور انحراف النية في القيام بالعمل أضحت سبباً للجزاء[4]، والنص العام الوارد في المادة (١٨) من القانون اليمني يؤكد الاعتداد بالنية عند استعمال أي حق إجرائي.

ويتحقق التعسف (الانحراف في استعمال الحق الإجرائي)[5] ولو لم يترتب ضرر مادي على الخصم الأخر، فقصد الأضرار في حالة التعسف منعدم وإن وجد فهو هدف ثانوي، لأن الخصم المتعسف يهدف من ممارسة الإجراءات إلى تحقيق مصلحة ذاتية، فهو يستخدمها في الإطار القانوني المشروع ولكن بشكل ملتوٍ يخدم مصلحته بهدف الضغط على خصمه.[6] حتى يسلم بمطالبه أو يخسره خسارة باهظة، أو يربكه في ممارسة حقه في الدفاع .

وعلى ذلك إذا كان الأصل أن الخصم حر في مباشرة استعماله لحقوقه الإجرائية فأن هذه الحرية ليست مطلقة، فيسأل الخصم عن انحرافه في استعمال هذه الحقوق[7]، فإذا غالى صاحب الحق الإجرائي في استعماله، كما هو الحال في الدعاوى الكيدية كان مسئولاً عن ذلك لأن هذه الدعاوى تؤدي إلى زيادة أعباء القضاة، وبالتالي لا تؤدي الحماية القضائية هدفها.

---

(١) المكان السابق.

(٢) أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام – ص١٥١- رقم (٦٠).

(٣) راجع السنهوري – الوسيط – ج٢ – ص٦٠٣ – رقم (٢٨٢).

(٤) راجع – م (١٢٣) مصري، م(١٨٦) فرنسي .

(٥) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون- ص٢١ .

(٦) المكان السابق، أحمد حشيش- الرسالة السابقة- ص١٧٦ رقم (١٢٦)، عكس ذلك أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطيه- نحو فكرة عامة- ص٢٢٤ .

(٧) د/ وجدي راغب- مبادئ- ص٢٤٥- مرجع سابق .

وصور التعسف في القانون الإجرائي كثيرة ومنها سوء النية م(١٨) من القانون، والتسويف، والمماطلة (Dilatoire) وهو محاولة الحصول على أكبر قدر من الآجال عن طريق طرح دفوع مجردة من الأساس أمام القضاء، وإلزامه بالفصل فيها بهدف تأخير الفصل في القضية[١]، وتسمى بالأعمال (الخبيثة)، وقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه يعتبر تعسفاً تعسف المدعي عليه إذا كان سلوكه سبيلاً في اللدد في الخصومة وإسرافه في المضارة بالمدعى عامداً وإثارة الخصومة أداة (ومكيدة) له، ووسيلة لإيذائه، والانتقام منه[٢]، ومن صورة التعسف في القانون الإجرائي استخدام الحق في مباشرة التنفيذ استخداماً تعسفياً، كما هو الحال (التعسف) في طلب حجز أموال مقابل دين يراد اقتضائه لا يتناسب مع المال المحجوز، ومن صورة أيضاً الدائن الذي يستعجل الحجز، كإجراء كيدي كي يشل القدرة الائتمانية لمدينة دون أن يكون هناك ضرورة فعلية للحجز، يكون متعسفاً[٣]، وعلى ذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن الدائن يكون متعسفاً إذا كان يعلم أن قيمة أحد أموال المدين ستكفي بمفردها لتحقيق الحماية التامة لدينه، ومع ذلك لجأ إلى الحجز على أموال أخرى، كما قضى أيضاً بأن الدائن يكون متعسفاً لأنه رغم ضآلة الفائدة التي تعود عليه، قد سارع بإجراء حجز على ما للمدين لدى الغير، أو توقيع حجز على عقارته[٤]، وقد ذهب البعض إلى أن هذه القاعدة تنطبق على المدين أيضاً في حالة استخدامه لحقه استخداماً تعسفياً.[٥] وهذه الصورة وغيرها تجمعها فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

وقد ذهب البعض إلى تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي تطبيقاً حذراً[٦]، وترتيباً على ذلك فقد اشترط هذا الاتجاه ضرورة وجود الخطأ للقول بوجود التعسف (Abus)[٧] وذهب اتجاه أخر إلى التوسع في تطبيق نظرية التعسف كسلاح لمقاومة (التسويف) بأنواعه بحيث تستعمل في مجال

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة –ص٢٤٨– مرجع سابق .

(٢) في ١٠/٤/١٩٥٢م – أشار إليه – المكان السابق – ص٢٤٧، راجع د/ إبراهيم سعد – ج٢– ص٢٨٤.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – قواعد – ص٢٢٧– ص٣٩٣ – مرجع سابق، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج٢ – ص٢٢٤ – مرجع سابق .

(٤) راجع هذه الأحكام أشار إليها أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – قواعد التنفيذ الجبري– ص٢٢٧-٢٢٨ – هامش – رقم (٣، ٤، ٥، ١) على التوالي.

(٥) المكان السابق – ص٢٢٨ .

(٦) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – نحو فكرة عامة – ص٢٢٤ – مرجع سابق.

(٧) المكان السابق ص ٢٤٤، ٢٤٥ وما بعدها.

الخصومة، كالشطب، والسقوط، ليحقق ذلك السرعة الإجرائية الذي يعتبر من أهداف التشريع الإجرائي[1].

وعلى ذلك ففكرة التعسف لا ترد إلا على استعمال الحقوق الإجرائية دون غيرها، وترتبط في الانحراف عند استعماله عن غايته، ولا يشترط ضرر لذلك[2]، والعبرة في ذلك هي بإثبات (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي[3]، الذي ينشأ ويتولد عند استعمال حق الدعوى، ويكون محل الطلب بأنواعه أو دفع بأنواعه[4].

وتطبيقاً لذلك لا مجال لتطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق بالنسبة لمن يحكم لصالحه، ولا يعتبر رفض الطلب تعسفاً كانعدام تأسيس الطلب القضائي ولا يستوجب المسئولية، ومناط ذلك أن المتقاضي استخدام حقه استخداماً طبيعياً دون تعسف ويكون كذلك إذا استخدم وسائل إجرائية مخول له[5]. فإذا أخفق المتقاضي في الإثبات لا يدل بذاته على أنه كان (متعسفاً أو سيء النية) في إطالة أمد التقاضي.[6]

ولا يعتبر الحكم بالمصاريف على من خسر القضية تعويضاً بقدر ما هو التزام قانوني.[7]

وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز الحكم بالتعويضات على من يخفق في دعواه وفي دفاعه إذا كان يعلم تمام العلم أنه لم يكن محقاً في هذا أو ذاك، فيكون قد قصد بذلك الكيد[8]، والحقيقة أن التعويض هنا جزاء عن تعسف في استخدام حق الدعوى وهو (الكيد).

---

(١) ينسب هذا الرأي إلى (أيفون) وتقرير رئيس الوزراء الفرنسي أمام الجمعية الوطنية، بمناسبة تقديم مشروع قانون المرافعات الفرنسي، أشار إليه أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطية ص ٢٤٩.

(٢) راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون – ص١٢ – مشار إليه .

(٣) د. أحمد الصاوي– الوسيط– ص٣٩٦ رقم (٢٩٠)، د. أحمد أبو الوفا– الدفوع– ص٣١٧.

(٤) أي أن التعسف يكون عند الإدلاء بطلب أو دفع، وقد يكون عند رفع الطعن، أو عند اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ، أو عند طلب استصدار أمر أو عند تنفيذه. راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا– نظرية الأحكام– ص١٥١ رقم (٦٠)– مرجع سابق.

(٥) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – ص٢٥٠– المكان السابق، د/ فتحي والي – الوسيط – ص٦٥٧– رقم(٣٤٣).

(٦) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/٧/٣م أشار إليه أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح – ص٢٥٠ .

(٧) أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا – الأحكام – ص١٣٦ – رقم (٥٤)، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر – قانون المرافعات – ص٢٠٩ – رقم (١٣١) .

(٨) أستاذنا الدكتور/ أبو الوفا – الدفوع – ص٥١– رقم (٢٠)، د/ نبيل عمر – الطعن بالاستئناف – ص٢٢٢– مرجع سابق.

المبحث السادس
جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي

تمهيد: إذا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي قد قننت في قانون المرافعات م(١٧) فإن الجزاء المترتب عليه يكون جزءاً إجرائياً.

ويقصـــد بالجـــراء الإجرائي كل جزاء رتبه قانون المرافعات على مخالفة قاعدة معينة، والجزاء الإجرائي في جوهرة هو وضع، أو حكم عام مجرد لما سيكون عند مخالفة القاعدة القانونية، والجزاء في مضمونه سلبي ويتمثل في الحرمان من مال، أو مصلحة قانونية.(١)

وللجزاء الإجرائي صور متعددة منها الانعدام، والبطلان، وعدم القبول وعدم الاختصاص، نقض الحكم، واعتبار الدعوى كأن لم تكن، الشطب، سقوط الخصومة، الغرامة الإجرائية ... الخ. وهذه الجزاءات الإجرائية نظمت بقانون (المرافعات) والتشريعات المكملة له.

وسنتكلم هنا عن الجزاء الإجرائي الذي يرد على التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وهو جزاء وقائي يتمثل في الدفع (بعدم القبول) وجزاء مالي (تعويضي).

المطلب الأول
الجزاء الوقائي لفكرة (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي
(الدفع بعدم القبول)

سبق القول أن فكرة (التعسف) تجاوز فكرة (المسئولية) لأنها تعمل على رفع الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً.(٢) أي أن الجزاء على التعسف قد يكون وقائياً مما يحول دون وقوع ضرر أصلاً ويتفادى قيام المسئولية التعويضية.

لذلك ذهب الفقه الإجرائي السائد إلى أن الدفع بعدم القبول يعتبر جزاء إجرائياً(٣)، وأن هذا الدفع أساسه (فكرة التعسف) لاستعمال المعيب لحق الدعوى الطلب والدفع(١) والواقع أن فكرة (عدم القبول)

---

(١) راجع د/ حسين كيره- أصول - ص١١٠٢ - رقم (٤٠٤)، د/ أحمد هندي - ص٣٦٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر- الدفع بعدم القبول - ص١٦٩- رقم (١٠٩)، د/ أمينة النمر - ص٤١٤.

(٣) راجع عبد الحميد أبو هيف- ص٢٢٣ - رقم (٤١٠)، د/ أحمد السيد الصاوي - الوسيط - ص١٣٨- رقم (٨٥)، د/ الشـــرقاوى- الرســـالة- ص٥١- رق م(٤٦)، قـــرب ذلك د/ احمد هندي - المرافعات - ص٦٥٠، راجع في تعريف هذا الدفع حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦١/١٢/٢٨م، ١٩٧٢/٥/٢٣م ، ١٩٧٩/٥/٢٣م، ونقض ١٩٧٢/٥/٢٣م، ١٩٨٨/٦/٢٦م أشار إلى ذلك أحمد هندي - المكان السابق، الشرقاوي وجميعي- المرافعات- ص ١٢١، راجـــع د/ أحمـــد هندي المرافعات- ص٢٠٣، د/ وجدي راغب- البحث السابق- ص٩٦، أحمد حسين- الرسالة السابقة- ص٣٤٢- حكم النقض المصري- ١٩٨٠/٤/٢٦م- منشور في مدونة أبو السعود- ص٦١.

تواجه تعسف أو عدم تعسف الخصم في استخدام حقه الإجرائي، فالمحكمة قبل أن تنظر في وجود الحق المدعى به أو عدم وجوده، يجب عليها أن تتأكد من توافر شروط معينة يؤدي تخلفها إلى افتراض تعسف الخصم في استعمال حقه وبالتالي إلى الحكم بعدم القبول، وعدم الخوض في النظر فيما إذا كان صاحب الحق الإجرائي محقاً في دعواه أم لا.[2]

لذلك فالدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يتوقى بها المتقاضي مقاضاته بحق إجرائي تعسفي من جانب خصمه، وغايته القانونية تتمثل في عدم قبول الحق الإجرائي الذي تعسف صاحبه باستعماله[3]، أي أنه يستهدف منع المتقاضي من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً[4]. فالدفع (بعدم القبول) لا يكون وسيلة هجومية، وإنما أثراً قانونياً سلبياً يتمثل في (عدم قبول)[5]، وتفادى الاستعمال المتعسف للحق الإجرائي مما يحول دون وقوع ضرر أصلاً، ويتفادى قيام المسئولية التعويضية، ولعل فكرة (عدم القبول) هي أهم وسيلة لذلك، إذن الدفع بعدم القبول هو وسيلة قانونية للوصول إلى غاية معينة هي عدم قبول (الحق الإجرائي) دعوى أو طلب أو دفع م(٧٥) من القانون اليمني لا تتوافر شروطه.

وإن كان الأمر كذلك فقد نص القانون الإجرائي (قانون القضاء) أو قانون المرافعات على المبدأ العام بمنع التعسف م(١٧، ١٨) ونصت المواد (٧٥، ٧٦ ، ٧٧) على شروط عامة لاستعمال هذا الحق، وكما وردت نصوص في مواضع مختلفة على شروط خاصة لبعض الحقوق الإجرائية، ومنها على سبيل المثال المادة (١٨١) والتي تقضي على أنه يسقط الحق في الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بالبطلان... وغيرها من سائر الدفوع الإجرائية إذا لم تبد جميعاً، أو ما يراد إبداؤه منها دفعه واحدة قبل الدخول في الموضوع، والمادة (١٨٩) التي توضح شروط الاختصام، والمادة (١٩١) والتي توضح شروط الإدخال أمام محكمة الاستئناف، والمواد (١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١) المتضمنة شروط تقديم الطلبات العارضة... الخ.

---

(١) د/ أحمد خليل – المرافعات – ص٣٢٦ .

(٢) راجع د/ أحمد خليل – المرافعات – ص٣٢٥ – مرجع سابق، د. فتحي والي – الوسيط– ص٦٦– رقم (٣٧) .

(٣) د. أحمد خليل– المكان السابق – ص ٣٢٦ .

(٤) د/ الشرقاوي -الرسالة – ص٥١ – رقم (٤٦).

(٥) د/ نجيب سعد – القانون القضائي – ص٦٥٠ – رقم (٢٥٩)، د/ أمينة النمر – الوجيز في قانون المرافعات – ص ٤١– رقم (٤٠)، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص١٦٩– رقم (١٠٩)، أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء– المرافعات–ص٢١١، رقم٢٠١.

وإن كانَ الأمر كذلك فإن الحق الإجرائي يخضع لشرط سلبي مفاده عدم التعسف في استعماله. بمعنى أن الحق الإجرائي يجب أن يستعمل طبقاً لشروطه القانونية، وإلا اعتبر غير مقبول، وقد أشارت المادة (٧٥) من القانون إلى الجزاء الوقائي، ومضمونه عدم قبول- الطلب أو الدفع- الذي لا يتوفر فيه شروط حق الدعوى[١]. أي أن هذا الدفع (عدم القبول) يوجه إلى شروط الحق الإجرائي، فإذا تخلف شرط من تلك الشروط للمتقاضي الآخر أن يدفع (بعدم قبول) الحق الإجرائي - الطلب أو الدفع - فيمتنع على القاضي النظر فيما قدم إليه.[٢] وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية، والذي يقضي على أن الدفع بعدم القبول يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة، والحق في رفع الدعوى باعتباره مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها، أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها.[٣]

لا يشترط حصول ضرر للحكم بالجزاء الوقائي (عدم القبول):

إذا كان الحكم (بعدم القبول) جزاءً إجرائياً وقائياً لفكرة التعسف لاستعمال الحق الإجرائي فلا يلزم إثبات ضرر للحكم به وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بالقول (ينبغي أن يكون الدفع بعدم القبول حكماً بدون ثبوت ضرر من إبدائه، أو حتى وجود نص صريح بعدم القبول) [٤]، أي ليست العبرة بثبوت ضرر من عدمه، بل العبرة بوجود أو عدم وجود تعسف في استعمال الحق، مع ضرورة التمييز بين التعسف الصادر من الخصم وعن مبدى الدفع[٥]. لذلك فمن يدعى تعسف خصمه عليه إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات أي أن الأصل في استعمال حق الدعوى أنه مقبول - إذا كان غير تعسفي- وعلى من يطلب (عدم القبول) إثبات ما يدعيه، وأن لم يستطع الإثبات فالدفع مرفوض، ورفض الدفع بعدم القبول يعني، قبول الحق الإجرائي (الطلب أو الدفع).

---

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة- ص٢٤٢، د/ أحمد هندي- المرافعات- ج٢- ص٣٢٦-ص٤٥٣، ص٦٥٠.

(٢) المكان السابق ، د/ أحمد خليل - المرافعات - ص٣٢٦، ص١٦١، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص٣١٠- رقم (١٩٣)، د/ وجدي راغب - البحث السابق - ص٩٩، حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٢/٣/٢٩م - مجموعة أحكام النقض - ١٢- ٣٣٩ .

(٣) راجع الحكم السابق .

(٤) أشار إلى ذلك أحمد حشيش - ص٣٩٢ - الرسالة السابقة .

(٥) المكان السابق .

سبب الحكم بعدم القبول:

وسبب الدفع (بعدم القبول) يكون في التحقق من وجود [illegible] في استعمال الحق [illegible]، فإذا كان هذا الحق ينشأ من استعمال حق الدعوى القضائية، وكان هذا [illegible] قانون المرافعات أو [illegible] القضاء)- ينظم الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق، فإن تخلف شرط من شروط استعمال حق الدعوى القضائية كان سبباً للحكم (بعدم القبول) لذلك قيل بحق أن عدم القبول هو تكييف قانوني لطلب أو دفع قضائي (الحق الإجرائي) تخلفت فيه الشروط اللازمة لقبوله، ويؤدي الحكم بعدم القبول إلى امتناع المحكمة من نظر محل هذا الطلب أو الدفع (الحق الإجرائي)[1]، فامتناع المحكمة من نظر الطلب أو الدفع القضائي (الحق الإجرائي) يكون أثراً لتخلف الشروط اللازمة لقبول الطلب، أي ان الدفع بعدم القبول يتعلق بالشروط العامة أو الخاصة لقبول الدعاوى .

كيفية إبداء الدفع بعدم القبول:

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) كجزاء قانوني لمخالفة قاعدة قانونية إجرائية آمرة أو مكملة، أي أنه جزاء إجرائي وقائي على الانحراف في استعمال الحقوق الإجرائية فإنه يمكن إبداؤه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، أي أمام درجات التقاضي المختلفة[2] م(١٨٧) من القانون اليمني، وإذا كان الدفع (بعدم القبول) وسيلة جزاء وقائي لاستعمال الحق الإجرائي، والذي ينشأ عند استعمال حق الدعوى، فإن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات، مادام استخدم هذا الدفع (بعدم القبول) استخداماً طبيعياً.[3]، المادة (١٨٧) التي تنص على أنه (يجوز إبداء الدفع بعدم القبول- عدم جواز النظر- أمام درجتي التقاضي في أي حالة تكون عليها الخصومة...). وترجع الحكمة في ذلك إلى طبيعة الدفع (بعدم القبول) وأنه جزاء إجرائي وقائي يتعلق (بعدم قبول) الحق الإجرائي- الطلب أو الدفع- لعدم توافر شرط من شروطه، لأنه من الممكن استعمال هذه الحقوق أمام القضاء في أوقات مختلفة، فإن العبرة في التمسك بالدفع (بعدم القبول) لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى،

---

(١) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص١٤٩ - رقم (١٠٩)، أستاذنا الدكتور/ أحمد ابو الوفا - الدفوع - ص٨٥٢- رقم (٤٦٩)، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - الدعوى - ص٢١١- رقم (٩٥)، د/ أحمد هندي - ص٤٥٣، [illegible] المرافعات - ص٣٢٥، الشرقاوي وجميعي - المرافعات - ص١٢١- رقم (٨٣) - مرجع سابق

(٢) راجع في تكييف ذلك [illegible] نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص٢٤١ .

(٣) ولهذا فإن الدفع (بعدم القبول- يجب منطقياً- لكي يحقق هدفه أن يبدي قبل الكلام في الموضوع غير أن القانون أجاز إثارته في أي حالة تكون عليها الإجراءات، مراعياً بذلك حقوق الدفاع، راجع د. فتحي والي- الوسيط- ص ٤٩٤.

وإنما وقت الحكم بالموضوع، ولذا كان منطقياً تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة قبل الحكم في الموضوع[1]. ولذا فإنه لا يجوز التمسك بالدفع (بعدم القبول) لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام[2].

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) هو الجزاء الوقائي لاستعمال الحق الإجرائي استعمالاً منحرفاً، كان هذا الجزاء له طبيعة إجرائية شأنه شأن الجزاءات الإجرائية الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات، كما أن الطبيعة الإجرائية تكون للدفع بعدم القبول الذي يواجه مدد التقادم – الموضوعية – التي تشكل عقبة في سبيل مكنه الالتجاء إلى القضاء، ومن ثم يفقد الحق الإجرائي (الطلب) – المتضمن حقاً موضوعياً متقادماً– شرطاً من شروط قبوله، واعتبر المدعي متعسفاً في استعمال دعوة، ويستطيع الخصم الآخر التمسك بدفع ذلك بوسيلة إجرائية وهو الدفع (بعدم القبول)[3]، وكذلك الحال في الدفع بعدم القبول لاتفاق الأطراف على الصلح قبل رفع الدعوى[4].

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) هو الجزاء الوقائي لاستخدام الحق الإجرائي استخداماً متعسفاً،فإن الدفع (بعدم القبول) لسقوط الخصومة – نتيجة لإهمال أحد الخصوم – هو الوسيلة (عدم القبول) الذي يستخدم من الخصم – التمسك بالسقوط – ضد خصمه الذي استخدم حقه تعسفياً كونه باشر حقه الإجرائي أو سلطته – استخدام حقه – في اتخاذ الإجراء بعد فوات الميعاد المحدد بالقانون لاتخاذه.[5].

---

(١) د/ فتحي والي – الوسيط – ص٤٩٤ -رقم (٢٨٦).

(٢) د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٦٥٤ .

(٣) المكان السابق – ص١٨٧ – رقم (١٢٠).

(٤) المكان السابق – ص٢٢٤ – رقم (١٤٠).

(٥) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر – الدفع بعدم القبول – ص١٨٣ – رقم(١١٧) . ويرى البعض أن قاعدة (لا بطلان فيما لو تحققت الغاية من الإجراء) م(٤٩) من القانون تعتبر تطبيقاً لفكرة التعسف، بمعنى لا يقبل الدفع بالبطلان فيما لو كانت الفائدة منه لا تتعادل مع ما يصيب الخصم من ضرر، أي أن المتمسك بالبطلان عليه إثبات البطلان فقط ولا يحتاج لإثبات ضرر، وإذا أراد الخصم الأخر دفع (الدفع بعدم قبول البطلان) عليه إثبات تحقق الغاية من الإجراء الباطل، لذلك ذهب الفقه الإجرائي إلى أن أساس القاعدة السابقة تتمثل في فكرة المغالات (التعسف)، راجع أحمد حشيش– الرسالة السابقة – ص١٧٩– رقم (١٢٦)، ويشير إلى جميل الشرقاوي– نظرية البطلان في التصرف القانوني– ص١٣٢، رقم (٤٨)، الذي يقرر أن الأصل في البطلان– أن وجوده– لا يتوقف على وجود ضرر لأن البطلان ليس جزاءً تعويضاً، وليس مسئولية، وراجع م/ (١٢٤) من قانون المرافعات الفرنسي، راجع أبو الوفا– الدفوع– ص٩٥٩، عكس ذلك د/ فتحي والي– الوسيط– ص٢٠٤– رقم (٢٤٨) هامش رقم (٢٢١). وقارن د/أحمد الصاوي– الوسيط– ص٢٩٦– رقم (٢٩٠)، أبو الوفا– الدفوع– ص٣١٧. راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا– ص٣١٧، وما بعدها – رقم (٣١٩) ، راجع د/ إبراهيم نجيب سعد – ج٢– ص٣٩ – رقم (٣٢١)، راجع د/ أحمد هندي – المرافعات – ص٣٧٧– ص٣٨٢ .

وإذا كان الحق الإجرائي ينشأ عن استخدام حق الدعوى القضائية م(٧٠) من القانون اليمني والتي تنص على أن الدعوى (هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي إدعاء أو دفاع برفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، فإن الدفع (بعدم القبول) يواجه الاستخدام التعسفي للطلب أو الدفع ويكون مناطة (عدم القبول) وهو تخلف شرط من شروط قبول (الطلب أو الدفع)، أي أن الدفع (بعدم القبول) وسيلة يتوقى بها المتقاضي مقاضاته بحق إجرائي (الطلب أو الدفع) تعسفي من جانب خصمه.

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) جزاء إجرائياً وقائياً هو (عدم القبول) فإن سلطة المحكمة تتقيد في ذلك بالمقتضيات العامة لسلطة العمل القضائي[1] كما تتقيد بالمقتضيات الخاصة لإمكانية الحكم (بعدم القبول)، لذلك يتفق الفقه أن الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام تستطيع المحكمة إثارته من تلقاء نفسها[2]، طبقاً للمواد (٧٦ ، ١٨٢، ١٨٧) ... الخ، أي أن القاضي يثيره من تلقاء نفسه الدفع (بعد القبول) المتعلق بالنظام العام، إذا تبين له ذلك من الوقائع المفروضة عليه حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به، ومثل ذلك الطلبات الجديدة أمام الاستئناف م(٢٨٨/هـ)، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه بعد الميعاد م(٢٧٥)، ومعنى ذلك أن القاضي يبحث في كل حالة على حدة لكي يرى مدى تعلق الدفع بعدم القبول الذي يثور بصدده النظام العام[3].

ونخلص من ذلك، أن الدفع (بعدم القبول) هو جزاء إجرائي يستهدف الوقاية (عدم القبول) من التعسف في استخدام حق الدعوى القضائية ولهذا (فعدم القبول) يغني عن الفصل في موضوع الحق الإجرائي (الطلب أو الدفع)، وأن التعسف يمكن أن يرد على كل حق إجرائي (طلب أو دفع) ينشأ نتيجة استعمال الدعوى، لأنه ينشأ عنها حقوق إجرائية كثيرة (طلب بأنواعه،أو دفع بأنواعه) أذن الحكم (بعدم القبول) هو جزاء إجرائي محله (التعسف) في استعمال (الحق الإجرائي) طلب أو دفع[4].

المطلب الثاني

الجزاء العلاجي (التعويضي) للتعسف في استعمال الحق الإجرائي

الجزاء التعويضي هو المبلغ النقدي الذي يتقاضه المتقاضي من المتقاضي الذي استعمل حقه استعمالاً تعسفياً.

---

(١) د/ وجدي راغب – الرسالة – ص ٥٧٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور / نبيل عمر– الدفع بعدم القبول– ص ٢٥٧– رقم (١٦١)، ص ٢٤٩– رقم (٢٦٩)– مرجع سابق.

(٣) المكان السابق – ص٢١٢– رقم(١٣٤)، مرجع سابق.

(٤) راجع المكان السابق– ص٢٨١.

وعلى ذلك يستطيع المتقاضي طلب التعويض طالما المتقاضي الأخر قد استعمل حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً، وللمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بتعويض على خصمه عن كل حق إجرائي- طلب، أو دفع- يقصد به (التعسف)[1]، وعلى ذلك فقد وردت نصوص عدة في القانون الإجرائي- قانون المرافعات- للجزاءات التعويضية تحكم بها المحكمة في حالة استعمال الحق استعمالاً تعسفياً، وقد جاء المبدأ العام على الجزاء التعويضي في المادة (١٧٠) من القانون التي تنص على أنه (يجوز للمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بغرامة على خصمه عن كل دعوى، أو دفاع يقصد به الكيد كما يجوز لها دون طلب أن تحكم على ذات الخصم لذات الأسباب بغرامه مناسبة للخزانة العامة وأن تبين أسباب ذلك في حكمها)، كما وردت نصوص أخرى للجزاء التعويضي في حالة التعسف من ذلك ما نصت عليه المادة (٣١١) والتي تنص على أنه (إذا حكم بعدم قبول الالتماس صودرت الأمانة أما إذا حكم برفض الالتماس موضوعاً فتحكم المحكمة على طالب الالتماس بغرامة لا تزيد على عشرة ألف ريال وبمصادرة الأمانة، وبالتعويض للمتضرر أن كان له وجه)، والمادة (٣٠٠) والتي تنص على أنه (... وفي حاله عدم قبول الطعن أو رفضه تحكم على رافعه بالنفقات، ومصادرة الكفالة، وإذا تبين إرادة الكيد من الطاعن حكمت عليه بالتعويض للمطعون ضده)[2]، والمادة (٢٥٩) التي تقضي على أنه (إذا حكم بعدم قبول التدخل تحكم بالنفقات الخاصة بطلب التدخل على المتدخل)، والمادة (٢٥٧) والتي تنص (... ولا تدخل في نفقات المحاكمة التعويضات ولا ما قضت به المحكمة على الخصوم من غرامات بسبب تعطيل الفصل في الدعوى وعدم الامتثال لقراراتها وأوامرها)[3]، والمادة (١٤٢) والتي تنص على أنه (تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله على طالب الرد بغرامة لا تزيد على خمسة عشر ألف ريال يكون منها مبلغ الكفالة المحددة ...)، والمادة (٢١١) والتي تنص على جزاء تعويضي في حاله التعسف عن التنازل عن الحق الإجرائي قضت الفقرة الثانية منها على أنه (...ويحكم على المتنازل بالنفقات وبالتعويضات اللازمة للمدعى عليه إذا طلبها...).

والتعويضات المقررة كجزاء (للتعسف) لاستعمال الحق الإجرائي لها ذاتية مستقلة عن التعويضات المقررة كجزاء (للمسؤولية التقصيرية) وهو ما توحي به المادة (١٩٨) التي تجيز طلب التعويض للمسئولية أن كان له وجه حيث نصت على أنه (للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

١-............

---

(١) د/ إبراهيم نجيب سعد-جـ٢-ص٢٨٤ مرجع سابق.

(٢) في حالة الطعن بالنقض.

(٣) هذه المادة تفرق بين نفقات المحاكمة والتعويضات.

٢- طلب الحكم له بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى أو من إجراء فيها).

ولسنا هنا بصدد إيراد النصوص القانونية المقررة للجزاء التعويضي، أو حصرها في حالة التعسف، ولكننا نشير إلى أن فكرة التعسف الإجرائي فكرة خاصة لها ذاتية واستقلال عن فكرة المسئولية التقصيرية، ويتضح ذلك من خلال المواد السابقة الذي يكون طلب التعويض استنادا لفكرة التعسف، أما طلب التعويض طبقا للمسئولية التقصيرية فيستند إلى ضرر لحق الخصم وتكون محله في المسؤولية التقصيرية إذا توافرت مقتضياتها، وإن شئنا التدليل لما نذهب إليه يمكن الرجوع إلى المادة (٣٨٧) والتي تنص على أنه (إذا حكم ببطلان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه أو حكم برفض دعوى الحق الموضوعي يرتفع الحجز ، وتحكم المحكمة على الحاجز بغرامة لا تتجاوز خمسين ألف ريال، وبالتعويضات للمحجوز عليه أو المحجوز لديه عما أصابهما من ضرر بسبب الحجز...)[١]، وهذه المادة تقرر فكرة (التعسف) بصورة واضحة ودقيقة إذ ربطت الحكم بالغرامة المالية بمبلغ خمسون ألف ريال نتيجة للاستخدام السيئ للحق الإجرائي (دعوى ثبوت الحق، وصحة الحجز)، كما لو رفعت هذه الدعوى بعد المدة، أو لوقوع الحجز على مال غير مال المحجوز عليه، كذلك إلغاء الحجز التحفظي لانعدام أساسه[٢]، وعلى ذلك تكون الغرامة للحد من استخدام الدعاوى الكيدية وهو التعسف في هذا الجانب[٣]. وبالتالي لا يتطلب القانون ثبوت الضرر، وإنما إثبات (التعسف) وهو الانحراف في استخدام الدعوى المذكورة، أما لفظ (وبالتعويضات للمحجوز عليه والمحجوز لديه) في المادة السابقة يتمثل في طلب التعويض طبقاً للمسئولية التقصيرية أن كان لذلك مقتضى، وهو ما أشارت إليه المادة بقولها عما أصابهما من ضرر بسبب الحجز .

والحال كذلك عند الحكم بالغرامات المقررة لصالح الخزينة العامة في حالة (التعسف)، أو سوء نية رافعها، ويحدد غرامة خاصة يتعين الحكم بها عليه في هذه الأحوال، وقد تكون الغرامة جوازية، ويتعين على المحكمة أن تحكم بالغرامة من تلقاء نفسها متى كانت لصالح الخزينة العامة، وقد يجيز القانون منح الحكم بالغرامة كلها أو بعضها لصالح المتقاضي الآخر[٤]. والحكمة من تقرير التعويض المزدوج- الغرامة والتعويض- على التعسف يرجع إلى أن الغرامة المحكوم بها لصالح الدولة نتيجة

---

(١) راجع م(٣٢٤) من القانون المصري، راجع في شرح ذلك أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- قواعد- ص٤٣٢.

(٢) راجع كتابنا - قانون التنفيذ الجبري - ص٣٧٤- مرجع سابق.

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - مطبوعات مجلس النواب - ص٢٥١ .

(٤) راجع تفصيلاً أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام - رقم (٦٤) - ص١٧٠ وما بعدها، وكتابه التعليق على قانون المرافعات - م(١٨٨) - ص٧٢٩، مشار إليهما، د/ إبراهيم نجيب سعد - ج٢ - ص٢٨٥ .

للتعسف- الانحراف- إن هذا التعسف قد تسبب في سلوكه المنحرف في الكيد للخصم الآخر المتعدي إلى الدولة، فالغرامة تؤدي إلى ضمان حسن سير العدالة.

ولم تحدد بعض التشريعات الحديثة مقدار الغرامة التي تحكم بها المحكمة على الخصم المتعسف ، و إنما أجازت للمحكمة الحكم بها بالكيفية التي تراها، وحكمت بغرامات كبيرة على الخصم المتعسف ردعا له على تعسفه، ومن شأن ذلك الإخلال من حالات التعسف.[1]

وإذا كان القانون قد كفل الحقوق الإجرائية للكافة م(١٧) فإنه لا مسئولية على من ولج أبواب القضاء، واستعمل حقه الأجر بان الطلب حقا يدعيه لنفسه وكان بذلك مستعملاً حقه طبقاً للشروط المحددة في القانون، ولكنه يسأل إذا انحرف عن استعمال حقه واستعمله استعمالاً كيدياً فثبوت التعسف (الانحراف) يؤدي إلى المسئولية[2].

والجزاء المالي على التعسف (الانحراف) في استعمال الحق الإجرائي يكون في جميع الحقوق الإجرائية، سواء حدث هذا الانحراف أو المماطلة في عملية الإعلان ، أو عند تقديم المستندات، أو عند رفع الدعوى ، أو عند تقديم طلب أو طعن[3].

ويعتبر الجزاء التعويضي على التعسف (الانحراف) من أهم صور الجزاءات الإجرائية المالية، وأكثرها ردعاً، ومن شأن ذلك أن يحد من الدعوى الكيدية، ويؤدي إلى استعمال الحقوق الإجرائية استعمالاً قانونياً وبالتالي يستطيع القضاء القيام بعمله على أكمل وجه.

والمحكمة المختصة في نظر دعوى (التعسف) هي ذات المحكمة التي تنظر الطلب أو الدفع (الكيدي) توفيراً للجهد[4]، ومنعاً لتناقض الأحكام أي انه يلزم الخصم الذي يعاني من تعسف خصمه الالتجاء إلى ذات المحكمة التي تمت أمامها الإجراءات التعسفية لأنها أدرى من غيرها وأكثر صلاحية منها في تقدير طلب التعويض، وإذا اتخذ الإجراء التعسفي أمام محكمة النقض فإن هذه المحكمة هي التي تختص وحدها بنظر التعويض عنه[5]، وطلب التعويض عن إجراء تعسفي من إجراءات التنفيذ،

---

(١) راجع المادة (٢٧٠) من القانون الفرنسي، وشرح ذلك د.أحمد هندي- أثار أحكام محكمة النقض.- ص ٥٣ =.

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٤/٣/ ١٩٨٣م ، طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٤، ص ٧٤٦، راجع د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، ص ٥٠.

(٣) د. أحمد هندي-أثار أحكام محكمة النقض ص ٥٣، المرجع السابق.

(٤) المكان السابق - ص١٦٣، رقم (٦٢)، د/ نجيب سعد - ج٢- ص٢٨٥ .د. عبد الفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات، ١٩٨٥م ص ٢٣٧.

(٥) أستاذنا د.أحمد أبو الوفا- ص١٦٤- رقم (٦٢)، د. أحمد هندي، آثار أحكام النقض، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص٦٠.

فيكون قاضي التنفيذ هو المختص، ذلك أن طلب التعويض قد نشأ بسبب منازعة تنفيذ[1]. وبالتالي تعتبر من منازعات التنفيذ الذي يختص بها قاضي التنفيذ، كما أنه للمحكمة الجنائية الابتدائية نظر طلب التعويض عن تعسف لحق بالمتهم بسبب رفع الدعوى المدنية عليه إذا كان لذلك وجه، وإذا فات على المتهم المطالبة بهذا التعويض أمام المحكمة الجنائية كان له أن يطالب به أمام المحكمة المدنية[2].

ويلاحظ انه يمكن الجمع بين الجزائين الوقائي (الحكم بعد القبول) والمالي الحكم بالتعويض فجزاء (التعسف) في الدفع (بعدم القبول) بإبدائه متأخراً لا يكتفي برفض هذا الدفع، وإنما بجزء آخر (تعويضي)، فللقاضي أن يحكم بالتعويض على الخصم الذي يثير الدفع بعدم القبول متأخراً بقصد المماطلة.[3]

<u>لا يشترط وجود ضرر للحكم بالتعويضات كجزاء للتعسف:</u>

مما سبق يتضح أن التعويضات أو الغرامات التي يحكم بها القاضي في حالة التعسف في استعمال الحق الإجرائي لا يشترط للحكم بها ثبوت الضرر، بمعنى إذا قصد الخصم من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً لا يشترط ثبوت الضرر للحكم عليه بالتعويض عن هذا التعسف بل يتطلب ثبوت التعسف فحسب، وبذلك فالتعويض أو الغرامة الإجرائية للتعسف لا تقدر بالضرر ولا ترتبط به وإنما ترتبط بالتعسف، أما الحكم بالتعويض في حالة المسئولية التقصيرية فهو جبر للضرر وليس جزاءً وردعاً، لذلك لم تشترط محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها (ثبوت الخطأ) وثبوت الضرر في حالة طلب التعويض عن التعسف.[4]

وعليه يثبت التعويض بإثبات التعسف (أي الانحراف باستعمال الحق الإجرائي) ولو لم يترتب ضرر مادي على الخصم الآخر، فقصد الإضرار في حالة التعسف منعدم وأن وجد فهو هدف ثانوي.[5]

وقد ذهب البعض[6] إلى اشتراط الضرر في حالة الحكم بالتعويض أو الغرامة عن التعسف وأن تطبيق نظرية التعسف في الحقوق الإجرائية تطبيقاً ضيقاً، على اعتبار أن الشخص المشاكس سيئ النية

---

(١) المكان السابق- ص١٧٠، د/ أحمد هندي- المرافعات- ص٣٢٩- مرجع سابق، د/ ابراهيم نجيب سعد- ج٢- ص ٢٨٤ وما بعدها - مرجع سابق .

(٢) د. عبد الفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات، المكان السابق.

(٣) راجع أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص٢١٥، والمادة (١٢٣) فرنسي، م(١٨٨) مصري .

(٤) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد - ص٢٢١- مرجع سابق، د. أحمد خليل - ص٣٢٩ .

(٥) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص٢١- مشار إليه، عكس ذلك أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن - ص ٢٢٣ مشار إليه، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبدالفتاح - نحو - ص٢٤٤- مرجع سابق.

(٦) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن - ص٢٢٣ -رقم (١٦٠)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - المكان السابق، د. أدم وهيب - ص ٦٦ مرجع سابق.

يستطيع أن يتغلب على هذه النظرية بحيث يقع خطرها على أشخاص هم فعلاً في حاجة إلى الحماية القضائية، ويخشون استخدام حقهم في الدعوى خشية احتمال الحكم عليهم بالتعويض[1]. ويرد على ذلك أنه في الواقع العملي يلاحظ كثرة استعمال الحقوق الإجرائية استعمالاً تعسفياً، وبذلك يكون الجزاء رادعاً مهما لهؤلاء.

وإذا كان الفقه[2] والقضاء[3] يقرران أن مسئولية طالب التنفيذ (تنفيذاً لحكم مشمول بالنفاذ المعجل)، إلا أنهم يختلفوا على تحديد الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام بالتعويض في هذه الحالة، ولكن يمكن تحديد هذا الأساس في فكرة (التعسف) في استخدام الحق الإجرائي فطالب النفاذ المعجل إذا استعمل حقه استعمالاً تعسفياً أو منحرفاً كما لو كان سيء النية كان مسئولاً عن ذلك، ويكفي لتحقق المسئولية في ذلك أن يلغي الحكم المشمول بالنفاذ المعجل.[4]

نخلص من ذلك أنه إذا استعمل الخصم حقه الإجرائي لا يكون مسئولاً عن استعماله لهذا الحق استعمالاً طبيعياً، أما إذا كان هذا الاستعمال (منحرفاً) أي استخداماً تعسفياً فأن ذلك يوجب المسئولية، لذلك نجد أن القانون قد قرر جزاء مالياً يوقع على المدعي في حالة إخفاقه في بعض الدعاوى - كما هو الشأن - في دعوى المخاصمة م(١٥٣) فمثل هذا الجزاء مقرر للحد من استعمال هذه الدعوى بقصد الكيد. وهذا الجزاء يحكم به ولو لم يترتب ضرر.

المبحث السابع

التنازل عن الحق الإجرائي

إذا كان الحق الإجرائي يرد على محل (الإدعاء أو الدفع) م(١٧) وغرض الخصم من الطلب (الإدعاء) تحقيق مصلحته التي تتمثل في (تقرير) من القاضي، وإلى وسائل دفاع (الدفوع) والتي تتمثل في (عدم تقرير) من القاضي ولذلك قيل أن الطلب وسيلة إيجابية أما الدفوع وسيلة سلبية.[5]

---

(١) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - المكان السابق، د. آدم وهيب - ص٦٧ مرجع سابق.

(٢) راجع تفصيلاً - المكان السابق - ص٤٨٥- رقم (٤٢٦) وما بعدها .

(٣) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٦٩/٣/٢٧ ، ١٩٤٨/١/١٥م، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٣/٥/٦٧ مجموعة أحكام النقض - س١٨ - ص١٠٨٤.

(٤) راجع أستاذتنا الدكتور/ أمينة النمر - الدعوى - ص١٨ - مرجع سابق .

(٥) أستاذنا الدكتور/ احمد أبو الوفا - المرافعات المدنية - ص٢١١- قم (٢٠١)- مرجع سابق .

لذلك فقد نظم قانون المرافعات اليمني (التنازل عن الخصومة) في المواد (٢١٠ إلى ٢١٣) والتي تنص على أنه (يجوز للمدعي التنازل عن الخصومة في أية حالة تكون عليها الخصومة بإحدى الطرق الآتية...الخ)[1].

والمادة (٢١١) والتي تنص على أنه (يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إجراء رفع الدعوى... ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماعها، ويحكم على المتنازل بالنفقات وبالتعويضات اللازمة للمدعى عليه إذا طلبها وإذا تنازل الخصم عن أية ورقة من أوراق المرافعات أو إجراء من إجراءات الخصومة اعتبرت الورقة أو الإجراء كأن لم يكن) .

والمادة (٢١٢) والتي تنص (يعتبر التنازل عن الحق المدعى به كاملاً تنازلاً عن الحق في الدعوى والخصومة...).

ومن هنا إذا كان الأصل في العمل الإرادي (العمل القانوني) بصفة عامة، أنه إرادة معبرة عنها[2]، ولأن الأصل في العمل القانوني بصفة عامة، أن وجوده الخارجي يتحقق بالتعبير[3]، لذلك فالأصل أنه ليس هناك – فكرة الحق الإجرائي – بغير التعبير عنه. والأصل هو جواز طرح أو إبداء أو إثارة، أو التمسك بالحق الإجرائي –م(١٠٠) من القانون– كتابياً كما يجوز طرح أو إبداء أو إثارة أو التمسك به شفاهه، والتنازل وأن كان عملاً إراديا، إلا أنه عمل إرادة إجرائية وهذا يعنى أن مضمون الإرادة في هذا العمل أنما هو مضمون سلبي إجرائي– وإذا كان مضمون التنازل عن فكرة الحق الإجرائي– من صاحب هذا الحق، فإنه يجب أن يكون معبراً عن هذا التنازل، صراحة أو ضمنا وإذا تنازل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء من إجراءات الخصومة أو ورقة من أوراق المرافعات اعتبر هذا الإجراء، أوالورقة كان لم تكن م(٢١١) من القانون .

وإذا كان النزول هو إسقاط يرد على الحق الإجرائي، فإنه يجب أن يكون هذا الحق ملك صاحبه بمعنى أن يكون الطلب (الإدعاء) أو الدفع المراد التنازل عنه غير متعلق بالنظام العام[4] .

والنزول عن الحق الإجرائي يتمثل واضحاً في نص المادة (٢١٣) والتي تنص على أنه (التنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائياً والتنازل عن الحكم يعتبر تنازلاً عن الحق الثابت به)، وتطبيقاً لذلك إذا وجد اتفاق بين الخصوم ولو قبل الدعوى على اعتبار أن يكون الحكم الصادر من

---

(١) كان ينبغي على المشرع تنظيم التنازل عن الحقوق الإجرائية وليس المتنازل عن الخصومة.

(٢) جميل الشرقاوي– الرسالة ص٤٥– وما بعدها رقم (١٥).

(٣) المكان السابق– ص١٣٩– رقم (٤٩).

(٤) أستاذنا الدكتور / نبيل عمر –الدفع بعدم القبول– ص٢٢٨، رقم (١٤٥)، مرجع سابق .

محكمة أول درجة انتهائياً، فإن مثل هذا التنازل يعتبر تصرفاً إجرائياً ملزماً للطرفين، هذا التنازل يسقط الحق الإجرائي في الطعن[1] .

وعلى ذلك يكون التنازل عن الحق الإجرائي بالإرادة المنفردة لصاحبه، سواء كان التعبير عنها صريحاً أو ضمنياً، وقد أجاز البعض التنازل عن الحق الإجرائي مقدماً[2]، تطبيقاً لمبدأ سيادة الخصوم، ويقصد بهذا المبدأ أن النزاع الخاص ملك الخصوم، لهم أن يطرحوه على القضاء، ولهم ألا يطرحوه، وإذا رفع النزاع يستطيع الخصوم تركه، أو التنازل عنه أو إهماله وموقف القاضي من ذلك يجب أن يكون حيادي ولا شأن له في النزاع كقاعدة عامه.

كما أن للخصم حرية في استعماله لجميع الحقوق الإجرائية، أو عدم استعمالها، وبناء على ذلك يجوز للخصوم التنازل عن التمسك بالدفع طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام[3]. كما يستطيع المدعى التنازل عن الخصومة فيما يتعلق بحقه فيها، فإذا تعلقت الدعوى بحق الغير أو بحق الله تعالى أو المصلحة العامة (لتعلقها بالنظام العام)، فإن التنازل لا ينصرف إلى هذا الحق. [4]

ولا يلزم موافقة الطرف الأخر على هذا التنازل إذا لم يكن من شانه الإضرار به. [5]

والنزول عن حق الدعوى لا يعنى بالضرورة النزول عن الحق الموضوعي المدعى به، مع ملاحظة أن النزول عن الحكم يتبع بالضرورة النزول عن الحق المدعى به م(٢١٣) من قانون المرافعات.

نخلص من ذلك إلى أن الحق الإجرائي ملك صاحبه، وبالتالي يجوز التنازل عنه إذا لم يتعلق بالنظام العام.

** **

---

(١) المكـان السـابق- ص٢٢٨ رقم (١٤٤) ويري أن التنازل عقد إجرائي ويذهب البعض إلى أن التنازل يتم بإرادة منفردة، راجع د/ وجدي راغب -مبادئ -ص٣٥٨ مرجع سابق. راجع في جواز التنازل عن حق الطعن مقدماً، المكان السابق.

(٢) المكان السابق- ص٢٤٤ مرجع سابق.

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص٢٤٤- مرجع سابق .

(٤) المكان السابق - ص٢٤٣، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع - بعدم القبول - ص٢٣٠ - رقم (١٤٥) - مرجع سابق .

(٥) أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر- الدعوى-ص٤٦٧، رقم(١٧٧) مرجع سابق.

الخاتمة

نورد بعض الملاحظات الختامية على النحو التالي:

١- إن قانون المرافعات اليمني الجديد رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م قد تبنى فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وجعل من (الانحراف من الاستعمال) هو معياراً للتعسف .

٢- يتفق قانون المرافعات اليمني الجديد مع بعض الفقه الإسلامي، والفقه الإجرائي الحديث على تعريف الدعوى، ومع إجماع الفقه الإسلامي والإجرائي على محل الحق الإجرائي (الادعاء والدفع).

٣- الحق الإجرائي حق شخصي شانه في ذلك جميع الحقوق، وينشأ ويتولد من استعمال حق الدعوى القضائية، وهو ما يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية لتحقيق مصلحة ذاتية، وهذا الحق يكون للمدعي والمدعى عليه معاً، ومحله في الإدعاء بالمعنى الواسع، أو الإدعاء والدفع .

٤- نطاق الحق الإجرائي ومضمونه ويتمثل بصفة أساسيه في الحقوق المتولدة عن استعمال الدعوى القضائية وهي السلطات أو المكنات أو القدرات التي يعطيها الحق وتخولها لصاحبه، وهذه السلطات تتمثل بصفة أساسية في الطلبات القضائية بأنواعه المختلفة، وسلطة الدفع، أو وسائل الدفاع- وسلطة الإثبات القضائي والحق في الطعن، والحق في طلب التنفيذ الجبري-والحق في الطلب الوقتي أو الطلب الولائي.

٥- شروط قبول هذا الحق في القانون اليمني تتمثل بالمصلحة والصفة، وعدم وجود مانع قانوني يمنع من الالتجاء إلى القضاء أو ممارسة هذا الحق .

٦- معيار التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية هو بتحريم الإسراف، وبالتالي تحريم الظلم والطغيان.

٧- معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي في القانون هو (الانحراف عن استعماله) ولا يشترط الضرر للحكم بالجزاء المترتبة عليه، فالقانون الإجرائي قد وضع شرطاً سلبياً عاماً مفاده (عدم التعسف في استعمال الحق) ويترتب على عدم توافر هذه الشروط الجزاء الوقائي (عدم القبول) أوالجزاء التعويضي أو الجمع بينهما.

٨- يكون جزاء التعسف جزاءً إجرائيا وقائياً أو مالياً (التعويضي) أو الجمع بينهما وهذا ما يمييز فكرة (التعسف) والتي تجاوز فكرة المسئولية في اقتصارها على رفع الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن

طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً[1] ويتمثل جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي فيما يلي:-

أ - جزاء وقائي : يتمثل في الدفع (بعدم القبول) الذي يعتبر جزاء إجرائياً شأنه شأن الجزاءات الإجرائية الأخرى بل أهمها، والدفع (بعدم القبول) هو وسيله دفاع يتوقى بها المتقاضى مقاضاته بحق إجرائي تعسف صاحبه باستعماله، فالمحكمة قبل أن تنظر في وجود الحق المدعى به أو عدم وجوده، يجب عليها أن تتأكد من توافر شروط معينه يودي تخلفها إلى افتراض تعسف الخصم في استعمال حقه، وبالتالي إلى الحكم (بعدم القبول) وعدم الخوض في النظر فيما إذا كان صاحب الحق الإجرائي محقاً في دعواه أم لا،أي أن الدفع (بعدم القبول) يوجه إلى شروط الحق الإجرائي الطلب (بأنواعه) والدفع (بأنواعه)، وإذا توفرت مقتضياته (الدفع بعدم القبول) يمتنع على القاضي النظر فيما قدم إليه .

ب- جزاء مالي (تعويضي) : ويتمثل في طلبه من الخصم على خصمه عن كل حق إجرائي تعسف صاحبه في استعماله وقد نص المشرع على جزاء تعويضي في حالة التعسف في استخدام الحق الإجرائي م(١٧٠) والتي تنص على مبدأ الجزاء التعويضي وعلى ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بغرامه على خصمه عن كل طلب أو دفع يقصد به (التعسف)، كما يجوز لها دون طلب أن تحكم على ذات الخصم لذات الأسباب بغرامه مناسبة للخزانة العامة وبالتالي لا يتطلب القانون ثبوت ضرر، وإنما إثبات الكيد (التعسف)، وهو الانحراف في استعمال الحق الإجرائي.

٩- فكرة الحق الإجرائي ترد على محل الطلب والدفع، والطلبات يستهدف بها المتقاضي تحقيق مصلحته التي تتمثل (تقرير)، وإلى وسائل دفاع- الدفوع- والتي تتمثل في (عدم تقرير) من القاضي، أي أن الطلب وسيلة إيجابية والدفع وسيله سلبية.

لذلك يجوز النزول عن الحق الإجرائي وإذا كان النزول هو إسقاط يرد عن الحق، لذلك يجب أن يكون هذا الحق ملك صاحبه بمعنى أن يكون الطلب أو الدفع المراد التنازل عنه غير متعلق بالنظام العام، ولا يلزم موافقة الطرف الآخر على هذا التنازل إذا لم يكن من شانه الأضرار به .

تم بحمد الله ،،،

---

(١) راجع د/ حسن كيره _ أصول -ص١١٠٢ رقم(٤٠٤).

قائمة بأهم المراجع :

د/ إبراهيم نجيب سعد – القضاء الخاص– ج١ ، ج٢ – منشأة المعارف – الإسكندرية لم يذكر تاريخ النشر .

ابن منظور – لسان العرب . لم يذكر تاريخ ومكان النشر.

د/ أحمد أبو الوفا– المرافعات – منشأة المعارف – الإسكندرية –١٩٨٥م.

– نظرية الدفوع – منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٨٩م.

– نظرية الأحكام – منشأة المعارف – الإسكندرية م١٩٨٩.

– إجراءات التنفيذ – منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٨٥م.

المذكرة التفسيرية لمشروع القانون اليمني– مطبوعات مجلس النواب– صنعاء ٢٠٠٠م.

د/ أمينة النمر –الدعوى وإجراءاتها – منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٩٠.

– قوانين المرافعات، ج١، ج٢– منشأة المعارف– الإسكندرية– لم يذكر تاريخ النشر.

– الوجيز في قانون المرافعات– منشأة المعارف– الإسكندرية– لم يذكر تاريخ النشر.

د/ أحمد حشيش – الدفع بعدم القبول – رسالة حقوق الإسكندرية – ١٩٨٦م.

– تطور قانون المرافعات – الإسكندرية – ١٩٨٩م.

د/ أحمد خليل – المرافعات – الإسكندرية – ١٩٩٥م.

د/ أحمد مسلم – أصول قانون المرافعات – ١٩٨٦ .

د/ أحمد هندي – قانون المرافعات – ج١، ج٢ – الإسكندرية –١٩٩٤ .

ـــ آثار أحكام النقض وقوتها، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

د/ أحمد السيد الصاوي – الوسيط – القاهرة – ١٩٩٠م.

د/ جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٧٠م.

د/ حسن كيره – أصول القانون – مصر – ١٩٥٧م .

د/ حسن علي مجلي– المبادئ القانونية في المسائل المدنية– صنعاء ٢٠٠٣م.

د/ رمزي سيف – الوسيط – الطبعة السابعة – القاهرة –١٩٦٧م .

د/ رمسيس بهنام – الإجراءات الجنائية تأصيلاً – الإسكندرية – منشأة المعارف – ١٩٨٦م .

د/ سعيد الشرعبي - حقوق الدفاع أمام القضاء المدني - رسالة حقوق عين شمس -١٩٩٧م.

د. سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - الإسكندرية . لم يذكر تاريخ النشر.

د/ طلعت ديدار - سقوط الخصومة - رسالة حقوق - الإسكندرية - ١٩٩٢م.

د/ عبد الباسط جميعي - طرق تنفيذ الأحكام - القاهرة - ١٩٧٣م .

د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج١- بيروت - ١٩٨٥م .

د/ عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة .

د/ عبد المنعم الشرقاوي وعبد الباسط جميعي- شرح قانون المرافعات- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٧٥م .

د/ عبد الفتاح الصيفي - حق الدولة في العقاب - القاهرة - ط٢ - ١٩٨٥م.

د/ عزمي عبد الفتاح عطية - قواعد التنفيذ الجبري - القاهرة - ١٩٩٠م .

- نحو فكرة عامة للدعوى القضائية- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٠م.

- واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة - القاهرة - ١٩٩٠م .

- قواعد التنفيذ الجبري ، القاهرة، ١٩٩٠م.

د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية . لم يذكر تاريخ ومكان النشر.

علي الشريف الجرجاني - التعريفات - لبنان - ١٩٧٨م .

د/ فتحي والي - الوسيط - دار النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٩٣ .

- البطلان - رسالة مطبوعة . القاهرة، ١٩٥٨م.

د/ فتحي الدريني - نظرية التعسف في استعمال الحق- دمشق- ١٩٧٧م.

د/ فؤاد عبد المنعم - حكم الإسلام في القضاء الشعبي - مصر- ١٩٧٣م.

د/ محمد إبراهيم زيد - قانون الإجراءات الجنائية اليمني - صنعاء ١٩٨٦م.

د/ محمد البكر - السلطة القضائية الإسلامية - القاهرة - ١٩٨٨م .

د/ محمد أحمد مرغم -إجراءات التنفيذ الجبري - دار الحكمة - صنعاء - لم يذكر تاريخ النشر.

محمد الأمين- مذكرة أصول الفقه على روضة الناخر للعلامةابن قدامه- بيروت- لم يذكر تاريخ النشر

د/ محمد حامد فهمي- تنفيذ الأحكام والسندات - لم يذكر تاريخ ومكان النشر .

د/ محمد عبد الخالق عمر – الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة – بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة – ١٩٧٠م .

د/ محمد شتا – قانون الإجراء المدني الإسلامي السوداني – مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٨٥م .

محمد وعبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات – لم يذكر مكان وتاريخ النشر.

محمد متولي الشعرواي –الحلال والحرام – القاهرة – لم يذكر تاريخ النشر .

د/ محمود هاشم – القواعد العامة للتنفيذ القضائي – القاهرة – ١٩٨٠م .

د/ محمد محمود إبراهيم – التكييف القانوني للدعوى – القاهرة لم يذكر تاريخ النشر.

معجم ألفاظ القرآن الكريم – مجمع اللغة العربية – القاهرة . لم يذكر تاريخ النشر.

د/ نبيل إسماعيل عمر – سبب الطلب القضائي – رسالة مطبوعة – ١٩٧٩.

– الطعن بالاستئناف – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٠.

– الدفع بعدم القبول– منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٠م.

– سقوط الحق في اتخاذ الإجراء– منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٣م.

– سلطة القاضي التقديرية – لم يذكر تاريخ ومكان النشر .

د/ نجيب أحمد عبد الله– قانون التنفيذ الجبري– دراسة مقارنة للقانون اليمني ومشروع تعديله– مطبوعات الشرعبي– صنعاء ٢٠٠٢م.

د/ وجدي راغب فهمي – النظرية العامة للعمل القضائي – رسالة مطبوعة، حقوق عين شمس.

– مبادئ الخصومة المدنية – القاهرة – ١٩٧٨م .

– النظرية العامة للتنفيذ القضائي – القاهرة – ١٩٧٨م .

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة وأهمية البحث وتقسيمه:	١٠٥
أهمية البحث وتقسيمه:	١٠٥
المبحث الأول	١٠٩
تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي	١٠٩
المطلب الأول	١٠٩
تعريف الحق في النظرية العامة	١٠٩
أ - تعريف الحق في الفقه الإسلامي :	١٠٩
ب - تعريف الحق لدى الفقه القانوني:	١٠٩
المطلب الثاني	١١١
تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي	١١١
أولاً: تعريف الدعوى القضائية:	١١١
ثانياً: تعريف الحق الإجرائي:	١١٥
المبحث الثاني	١١٧
أركان الحق الإجرائي	١١٧
المطلب الأول	١١٧
محل الحق الإجرائي	١١٧
أولاً: الإدعاء:	١١٧
ثانياً: الدفاع :	١١٩
المطلب الثاني	١٢٢
أصحاب الحق الإجرائي	١٢٢
المبحث الثالث	١٢٤

نطـــاق الحـــق الإجـــرائي ---------- ١٢٤

المبحث الرابع ---------- ١٢٦

شـــروط الحـــق الإجـــرائي ---------- ١٢٦

المطلب الأول ---------- ١٢٧

الـمصلحة ---------- ١٢٧

المطلب الثاني ---------- ١٣٠

الصفة ---------- ١٣٠

المطلب الثالث ---------- ١٣١

عدم وجود مانع قانوني ---------- ١٣١

المبحث الخامس ---------- ١٣٤

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي ---------- ١٣٤

تمهيد تنظيم التعسف في استعمال الحق الإجرائي ---------- ١٣٤

المطلب الثاني ---------- ١٣٥

معيار التعسف في استعمال الحق في النظرية العامة ---------- ١٣٥

اولا معيار التعسف في الفقه الإسلامي: ---------- ١٣٥

ب- معيار التعسف في الفقه القانوني: ---------- ١٣٦

معيار التعسف في النظرية العامة (للمسئولية التقصيرية): ---------- ١٣٦

ب – معيار التعسف (بالانحراف عن الغاية): ---------- ١٣٦

المطلب الثاني ---------- ١٣٧

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي () ---------- ١٣٧

المبحث السادس ---------- ١٤٣

جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي ---------- ١٤٣

تمهيد: ----------

المطلب الأول -- ١٤٣

الجزاء الوقائي لفكرة (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي---------------------- ١٤٣

لا يشترط حصول ضرر للحكم بالجزاء الوقائي (عدم القبول) : ---------------- ١٤٥

سبب الحكم بعدم القبول:-- ١٤٦

كيفية إبداء الدفع بعدم القبول:-------------------------------------- ١٤٦

المطلب الثاني-- ١٤٨

الجزاء المالي (التعويضي) للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ------------------ ١٤٨

لا يشترط وجود ضرر للحكم بالتعويضات كجزاء للتعسف: ------------------ ١٥٢

المبحث السابع -- ١٥٣

التنازل عن الحق الإجرائي-- ١٥٣

الخـاتـمـة-- ١٥٦

الفهرس -- ١٦٣

بسم الله الرحمن الرحيم

العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى
والناتج الحقيقى فى مصر
دراسة تحليلية قياسية

مقدم من:

د/ سعيد عبد العزيز علي
أستاذ الاقتصاد العام المساعد
بقسم المالية العامة
كلية التجارة – جامعة الإسكندرية

د/ محمدي فوزي أبو السعود
أستاذ الاقتصاد المساعد
بقسم الاقتصاد
كلية التجارة -جامعة الإسكندرية

العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر

دراسة تحليلية قياسية

مقدمة :

شهدت فترة السبعينات وما تلاها من القرن الماضى ظهور بعض الأزمات الاقتصادية العالمية التى أثرت سلبياً على معظم اقتصاديات الدول النامية ، وكان من أهم تلك الأزمات ما سمى بصدمتى البترول الأولى والثانية وما ترتب عليهما من تفاقم مشكلة المديونية الخارجية للدول النامية ، وإزاء ذلك الوضع قامت معظم تلك الدول بالاتفاق مع كل من البنك الدولى الصرف الأجنبى ، حيث كان الاعتقاد السائد هو أن سياسات سعر الصرف الخاطئة التى تبنتها الدول النامية كانت مسئولة إلى حد كبير عن حالة التدهور الاقتصادى التى عانت منها تلك الدول فى حقبة الثمانينات . ويتفق معظم الاقتصاديين على أن المحافظة على سعر صرف خاطئ أو سعر صرف يختلف عن سعر الصرف التوازنى طويل الأجل سوف يزيد من عدم الاستقرار الاقتصادي (Willat, 1986, pp. 101-112).

ولاشك أن هناك صعوبة كبيرة فى معرفة ما إذا كان سعر الصرف القائم منحرفاً Misalignment عن سعر الصرف التوازنى طويل الأجل أم لا ، فبينما يرى البعض أنه يمكن العودة إلى سعر الصرف التوازنى بصورة تلقائية أو عن طريق استخدام برامج انكماشية للحد من التضخم Disinflation Programs ، فإن البعض الآخر يرى أن سياسة تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية Devaluation هى السياسة الأكثر فاعلية فى إعادة التوازن إلى سعر الصرف .وقد قامت معظم الدول النامية خلال مراحل تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادي بإجراء تخفيضات متتالية فى القيمة الخارجية لعملتها الوطنية بهدف علاج العجز فى موازين مدفوعاتها وإحداث زيادة فى معدلات نمو الناتج الحقيقي بها .ـ وحيث من المتوقع نظرياً أن يؤدى التخفيض إلى إحداث آثاراً توسعية Expansionary Effects على الناتج الحقيقي إلا أن معظم الدراسات التطبيقية التي تناولت بالتحليل عملية التخفيض خلال برامج الإصلاح الاقتصادي بالدول النامية قد أوضحت أن التخفيض قد واكبه آثاراً انكماشية (Lizondo & Monteil, 1989, pp. 182-227).

وفى الواقع لا يمكن لنا بناءً على نتائج مثل هذه الدراسات أن نقرر بدرجة كبيرة من الثقة أن السبب الرئيسى لانخفاض الناتج الحقيقى كان راجعاً فقط إلى عملية التخفيض ، حيث قد تتفاعل عوامل خارجية أخرى External Shocks مع التخفيض فى إحداث مثل تلك الآثار الانكماشية على الناتج الحقيقى .

وقد قامت مصر كمعظم الدول النامية بإتباع سياسة الإصلاح الاقتصادى منذ بداية التسعينيات من القرن الماضى ، وقد احتل الإصلاح النقدى دوراً بارزاً فى هذا المجال حيث تم تخفيض القيمة الخارجية للجنيه المصرى أكثر من مرة رغبة فى معالجة الخلل السائد فى ميزان المدفوعات المصرى من ناحية وتلبية لمتطلبات المؤسسات المالية الدولية من ناحية أخرى . ومن هنا يأتى التساؤل الأساسى لهذه الدراسة وهو :

" هل ترتب على التخفيض الاسمى للجنيه المصرى Nominal Devaluation تخفيضاً حقيقياً Real Devaluation انعكس فى إحداث آثاراً توسعية على الناتج المحلى الحقيقى فى مصر أم لا ؟ "

ويسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية :

١ - تحديد طبيعة العلاقة بين سعر الصرف الاسمى فى مصر وسعر الصرف الحقيقى .

٢ - تحديد طبيعة العلاقة السببية التى تربط بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر .

٣ - تحديد الوزن النسبى للتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى فى تفسيرها للتغيرات المستقبلية فى الناتج المحلى الحقيقى .

وسعياً لتحقيق هذه الأهداف فسوف نقوم فى مبحث تمهيدى بتحديد مفاهيم وأساسيات التحليل المرتبطة بالدراسة حيث يستعرض هذا المبحث كل من :

١ - مفهوم سعر الصرف الحقيقى وكيفية قياسه .

٢ - مفهوم العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى .

٣ - الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية .

اما المبحث الثانى فسوف يتناول دراسة قياسية للعلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٩ ، ويندرج تحت هذا المبحث النقاط التالية :

١ - تطور سياسات سعر الصرف فى مصر .

٢ - اختبار العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر (١٩٧٨ - ١٩٩٩) .

٣ - اشتقاق نموذج الانحدار الذاتى ذات المتجه Vector Autoregression .

٤ - اختبار تجزئة التباين Variance Decomposition .

المبحث الأول

مفاهيم وأساسيات العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى

سوف نتناول فى هذا المبحث كل من مفهوم سعر الصرف الحقيقى وكيفية قياسه ، طبيعة العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج المحلى الحقيقى ، وأخيراً أهم الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية .

أولاً – مفهوم سعر الصرف الحقيقى وكيفية قياسه :

فى البداية لابد من التفرقة بين مفهوم كل من سعر الصرف الاسمى Nominal Exchange Rate وسعر الصرف الحقيقى Real Exchange Rate ، فبينما يُنظر إلى سعر الصرف الاسمى على أنه مفهوم نقدى يقيس الأسعار النسبية لعملتين نقديتين ، فإن سعر الصرف الحقيقى يعتبر مفهوماً حقيقياً يقيس الأسعار النسبية لسلعتين .

ويعرف سعر الصرف الحقيقى على أنه مقياس لأسعار السلع الداخلة فى التجارة Tradable Goods بالنسبة لأسعار السلع غير الداخلة فى التجارة Non Tradable Goods .

$$\text{سعر الصرف الحقيقى} = \frac{\text{أسعار السلع الداخلة فى التجارة}}{\text{أسعار السلع غير الداخلة فى التجارة}}$$

$$RER = \frac{P_T}{P_N}$$

حيث P_T : مؤشر للأسعار المحلية للسلع الداخلة فى التجارة ،

P_N : مؤشر للأسعار المحلية للسلع غير الداخلة فى التجارة .

وعلى الرغم من أن التعريف السابق يعد مفيداً من الناحية التحليلية إلا أنه من الصعب قياسه من الناحية العملية ، وبالتالى فقد قدم البعض (Edwards, S., ١٩٨٨, p. ٤) تعريفاً آخر لسعر الصرف الحقيقى كما يلى :

سعر الصرف الحقيقى = $\frac{\text{سعر الصرف الاسمى × الأسعار الأجنبية للسلع الداخلة فى التجارة}}{\text{الأسعار المحلية للسلع غير الداخلة فى التجارة}}$

$$RER = \frac{E\,P_T^{*}}{P_N}$$

حيث E : سعر الصرف الاسمى أو عدد الوحدات من العملة الوطنية مقابل وحدة واحدة من العملة الوطنية ،

P_T : مؤشر للأسعار الأجنبية للسلع الداخلة فى التجارة ،

P_N : مؤشر للأسعار المحلية للسلع غير الداخلة فى التجارة .

ويطلق على التعريف السابق أيضاً تعبير تكافؤ القوى الشرائية Purchasing Power Parity .

وقد قامت العديد من الدراسات باستخدام الرقم القياسى لمستوى الأسعار فى أمريكا كمعبر عن الأسعار الأجنبية للسلع الداخلة فى التجارة ، والرقم القياسى لمستوى الأسعار المحلية كمعبر عن الأسعار المحلية للسلع غير الداخلة فى التجارة (Balassa, ١٩٩٠) ، (Edwards, ١٩٨٨) ، (Cottani etall, ١٩٩٠) .

وبناءً على ما سبق يمكن لنا تحديد الصيغة التالية للتعبير عن سعر الصرف الحقيقى فى مصر :

سعر الصرف الحقيقى = $\frac{\text{سعر الصرف الاسمى فى مصر × الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى أمريكا}}{\text{الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى مصر}}$

$$RER_g = \frac{E_g \times CPI_A}{CPI_g}$$

حيث E_g : سعر الصرف الحقيقى فى مصر والمعبر عنه بعدد الجنيهات المصرية مقابل دولار واحد ،

CPI_A : الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى أمريكا ،

CPI_g : الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى مصر .

وتعتبر الصيغة السابقة من أكثر الصيغ قبولاً وشيوعاً بين معظم الباحثين وذلك على الرغم من وجود بعض الاختلافات حول تحديد مفهوم المتغيرات المكونة لسعر الصرف الحقيقى ، فعلى سبيل المثال يوجد اختلاف حول الرقم القياسى للأسعار ، بمعنى هل يتم استخدام الرقم القياسى لأسعار المستهلكين أو الرقم القياسى لأسعار الجملة أو مكمش الناتج المحلى الإجمالى GDP Deflator ؟ وأيضاً الاختلاف حول تعريف سعر الصرف الاسمى ، بمعنى هل يتم تعريف سعر الصرف الاسمى بأنه عدد الوحدات من العملة الوطنية مقابل دولار واحد أو مقابل جنيه إسترلينى أو مقابل سلة من العملات الأجنبية ؟

ويعتبر مفهوم سعر الصرف الحقيقى مؤشراً جيداً للقدرة التنافسية Competitiveness التى تتمتع بها الدولة فى الأسواق العالمية ، حيث يقيس سعر الصرف الحقيقى تكلفة الإنتاج المحلى للسلع الداخلة فى التجارة ، حيث نجد أن حدوث أى ارتفاع فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية (انخفاض سعر الصرف الحقيقى) سينعكس فى ارتفاع التكلفة المحلية لإنتاج السلع القابلة للتجارة ، ومع افتراض عدم تغيير الأسعار العالمية فسوف يؤدى ذلك إلى تدهور الميزة التنافسية للدولة على المستوى العالمى ، ففى هذه الحالة تقوم الدولة بإنتاج سلع قابلة للتجارة بتكلفة مرتفعة نسبياً عن ذى قبل مقارنة بباقى دول العالم . ومن ناحية أخرى نجد أن تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) سوف ينعكس فى زيادة القدرة التنافسية للدولة على المستوى العالمى . ولاشك أن تدهور القدرة التنافسية أو ارتفاع القدرة التنافسية للدولة على المستوى العالمى لا يعتمد فقط على التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى وإنما يعتمد أيضاً على العديد من العوامل والمتغيرات الداخلية والخارجية منها على سبيل المثال معدلات التضخم المحلى ، السياسات المالية ، سياسات تشجيع الصادرات ، معدل نمو الإنتاجية ، درجة التقدم التكنولوجى وغيرها من العوامل الأخرى .

وتجدر الإشارة إلى أهمية التفرقة بين تغيرات سعر الصرف فى كل من نظم أسعار الصرف الثابتة Fixed-Exchange Rate ونظم أسعار الصرف المعومة Floating-Exchange Rate . ففى ظل نظم أسعار الصرف الثابتة عادة ما تقوم الحكومات من حين لآخر بتغيير قيمة عملتها الوطنية تجاه عملات الدول الأخرى ، فقد تقوم الحكومة بإجراء تخفيض مقصود للقيمة الخارجية لعملتها الوطنية Devaluation (ارتفاع سعر الصرف

الحقيقى) ، أو قد تقوم الحكومة بإجراء زيادة مقصودة فى القيمة الخارجية لعملتها الوطنية Revaluation (انخفاض سعر الصرف الحقيقى) . أما بالنسبة لنظم أسعار الصرف المعومة فإن التغيرات فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية لا تكون بصورة مقصودة وإنما يمكن النظر إليها على أنها إما عبارة عن تدهور فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية Depreciation (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) أو عن تحسن فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية Appreciation (انخفاض سعر الصرف الحقيقى) .

ومن الملاحظ أن التخفيض الاسمى للقيمة الخارجية للعملة الوطنية Nominal Devaluation عادة ما يؤدى إلى تخفيض حقيقى Real Devaluation ، ولكن قد لا يحدث بالضرورة أن يؤدى التخفيض الاسمى بنسبة معينة إلى تخفيض حقيقى بنفس النسبة . ففى دراسة قام بها Edwards (١٩٨٥) عن تأثير التخفيض الاسمى على سعر الصرف الحقيقى مع ثبات العوامل الأخرى (الرقم القياسى للأسعار الأجنبية والرقم القياسى للأسعار المحلية) ، اتضح أن التخفيض الاسمى بنسبة ١٠ % قد أدى إلى تخفيض حقيقى بنسبة ٧ % فقط مع مرور سنة واحدة فقط على اتخاذ قرار التخفيض الاسمى ، وإلى تخفيض حقيقى بنسبة ٥ % بعد مرور ثلاث سنوات . وقد أوضحت نتائج الدراسة أيضاً أن التخفيض الاسمى بنسبة ١٠ % مع زيادة معدل نمو الائتمان المحلى بنفس النسبة قد أدى إلى تخفيض حقيقى بنسبة ٢ % بعد مرور سنة واحدة ، وأنه بعد مرور سنتين على التخفيض الاسمى لم يحدث تخفيض حقيقى بل ترتب على التخفيض الاسمى ارتفاع حقيقى Real Appreciation . وهذا يعنى أن طبيعة العلاقة بين سعر الصرف الاسمى وسعر الصرف الحقيقى لا يتوقف فقط على المتغيرات المحددة لسعر الصرف الحقيقى وإنما أيضاً على عوامل خارجية ، ووجود هذه العوامل يؤثر جوهرياً على طبيعة وحدود العلاقة بين سعر الصرف الاسمى وسعر الصرف الحقيقى حيث قد تكون العلاقة غير مؤكدة الاتجاه بمعنى أن العلاقة قد تكون موجبة أو سالبة . ونخلص من ذلك إلى أن التخفيض الاسمى قد يقود إلى تخفيض حقيقى أو ارتفاع حقيقى ، كما تتوقف تلك العلاقة أيضاً على مدى طول الفترة الزمنية التى تمر على التخفيض الاسمى .

ثانياً – مفهوم العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى :

تناولت العديد من الدراسات علاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى ، بمعنى هل علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى أم العكس هو الصحيح ؟ فعلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى تعنى أن التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للعملة الوطنية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) يؤدى إلى زيادة الناتج الحقيقى من خلال التحفيز على زيادة إنتاج السلع الداخلة فى التجارة .

أما إذا كانت علاقة السببية هى من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى ، فمعنى ذلك أن زيادة الدخل تؤدى من ناحية إلى زيادة الطلب على السلع غير الداخلة فى التجارة فترتفع أسعارها مقارنة بأسعار السلع الداخلة فى التجارة ، وبالتالى تنخفض قدرة السلع الوطنية على منافسة الواردات فى الأسواق المحلية كما تصبح السلع القابلة للتصدير أرخص نسبياً فى الأسواق المحلية وبالتالى يزيد الطلب المحلى عليها ويقل المتاح منها للتصدير ، وينجم عن ذلك آثار سلبية على سعر الصرف الحقيقى للعملة الوطنية حيث يتجه هذا السعر للانخفاض Appreciation ومن ناحية أخرى تؤدى زيادة الدخل إلى زيادة الطلب على السلع الداخلة فى التجارة حيث يزيد الطلب المحلى على كل من السلع المتاحة للتصدير والسلع المستوردة وسوف ينعكس أثر الدخل هذا فى حدوث عجز فى الميزان التجارى ، ولتصحيح هذا العجز تقوم الدولة بتخفيض القيمة الخارجية لعملتها الوطنية Devaluation (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) بغرض زيادة الصادرات وإعادة التوازن مرة أخرى للميزان التجارى .

إن دور زيادة الطلب الكلى يعتبر إلى حد ما دوراً مقبولاً فى تفسير علاقة السببية من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى . وقد دعم هذا التفسير دراسة قام بها (١٩٩٦) Kamin عن الاقتصاد المكسيكى حيث اتضح من هذه الدراسة أن التغيرات فى الطلب الكلى قد أثرت على مستوى الأسعار المحلية ، ومن ثم على سعر الصرف الحقيقى ، ولكن لم يظهر هذا التأثير إلا بعد مرور فترة زمنية طويلة . وفى دراسة أخرى قام بها كل من Kiguel & Liviatan (١٩٩٢) عن تأثير تطبيق برامج الإصلاح الاقتصادى على سياسات الصرف الأجنبى فى الدول النامية ، أوضحت الدراسة أن هناك علاقة قوية يربط بين كل من الناتج الحقيقى وسعر الصرف الحقيقى ، فعملية التوسع فى الطلب الكلى التى يصاحبها تنفيذ برامج الحد

من التضخم Disinflation Programs سوف تدفع أسعار السلع غير الداخلة فى التجارة إلى الارتفاع ، ومع ثبات أسعار السلع الداخلة فى التجارة نتيجة لربط أو تثبيت سعر الصرف الاسمى Pegged Exchange Rate ، فسوف يؤدى ذلك إلى انخفاض سعر الصرف الحقيقى ، ويوجد العديد من التفسيرات لأسباب زيادة الطلب الكلى بعد استقرار سعر الصرف الاسمى من أهمها : فقدان المصداقية فى برامج الإصلاح الاقتصادى (Calvo, G., Vegh, C.A., ١٩٩٣) ، التأثير الايجابى لانخفاض التضخم على أصحاب الدخول الدائمة (Roldos, ١٩٩٥) ، والتأثير على الدخول المتوقعة المرتبطة بحدوث تحسن فى الموازنة العامة للدولة (Rebelo, ١٩٩٤) .

ثالثاً – الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة :

تعددت النظريات التى حاولت تحليل الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة فى علاج العجز فى موازين مدفوعات الدول النامية بصفة خاصة وبالتالى المساهمة فى زيادة معدلات نمو الناتج الحقيقى بها . ومن أهم تلك النظريات أو المداخل النظرية كل من مدخل المرونات ، المدخل الكينزى ، مدخل الاستيعاب ، والمدخل النقدى .

ووفقاً لمدخل المرونات فإن الغرض من تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية هو تغيير الأسعار النسبية لكل من الصادرات والواردات بما يحفز على زيادة حصيلة الصادرات وتقليل مدفوعات الواردات بالقدر الذى يحقق التوازن فى ميزان المدفوعات ، ولكى يكون التخفيض فعالاً فى ظل هذا المدخل يشترط أن يكون المجموع الجبرى لمرونات الطلب على كل من الصادرات والواردات أكبر من الوحدة (عبد الرحمن يسرى ، ١٩٩٩ ، ص ٢٥٤) ، ووفقاً لهذا المدخل فإنه عندما يحدث تخفيض اسمى لسعر الصرف فسوف يترتب عليه تخفيض حقيقى مساوٍ له تماماً . ومن هنا نجد أن مدخل المرونات يرتكز بالدرجة الأولى على ما سوف يحدثه التخفيض من تغيير فى أسعار الصادرات بالعملة الأجنبية وأسعار الواردات بالعملة الوطنية حيث تنخفض أسعار الصادرات بالعملة الأجنبية وترتفع أسعار الواردات بالعملة الوطنية مما يزيد الصادرات من ناحية ويقلل الواردات من ناحية أخرى ، ويتم بالتالى علاج العجز فى ميزان المدفوعات .

ووفقاً للمدخل الكينزى والذى يسمى بمدخل الدخل ، فيمكن له أن يتكامل مع مدخل المرونات فى تفسير مدى فاعلية التخفيض كأحد أدوات السياسات النقدية . فبافتراض أن مرونات الطلب على كل من الصادرات والواردات أكبر من الوحدة ، فإن التخفيض الاسمى سيترتب عليه تخفيض حقيقى مما يؤدى لتحسين العجز فى موازين المدفوعات . أما على جانب الطلب فيوضح المدخل الكينزى أن التخفيض سيترتب عليه آثاراً توسعية على كل من الناتج الحقيقى والعمالة .

وبالنسبة لمدخل الاستيعاب فهو يهتم بتحليل أثر التخفيض على العجز فى موازين المدفوعات من خلال تأثيره على الدخل القومى ، ويفترض هذا المدخل أن التخفيض سوف ينجح فى رفع الأسعار المحلية لكل من الصادرات والواردات التى تدخل كإنتاج وسيط فى الإنتاج المحلى مما يؤدى لارتفاع مستوى الأسعار المحلية بصفة عامة ، وسينعكس ذلك فى حفز الصادرات والتى تنعكس بفعل المضاعف فى تحقيق آثار إيجابية على مستوى الدخل القومى . ويتوقف الأثر النهائى الذى يمارسه التخفيض على ميزان المدفوعات وفقاً لهذا المدخل على مقدار ما يحدثه من تخفيض فى الاستيعاب من ناحية وما سيحدثه من زيادة فى الدخل القومى من ناحية أخرى . ويوضح هذا المدخل أيضاً أن للتخفيض آثاراً تحويلية Switching Effects للموارد الاقتصادية والإنفاق المحلى حيث سيؤدى التخفيض إلى رفع أسعار السلع الداخلة فى التجارة بنسبة تفوق الارتفاع فى أسعار السلع المحلية غير الداخلة فى التجارة مما يحفز المنتجين على تحويل الموارد الاقتصادية إلى السلع الداخلة فى التجارة (القابلة للتصدير) وبعيداً عن السلع المحلية . ومن ناحية أخرى يؤدى التخفيض إلى تحويل الإنفاق الكلى إلى السلع المحلية بعيداً عن السلع الداخلة فى التجارة . ولاشك أن مثل هذه الآثار ستساعد على زيادة الصادرات وتخفيض الواردات مما يحسن من العجز فى موازين المدفوعات .

أما المدخل النقدى فهو يركز على العلاقة بين القطاع الخارجي والجانب النقدى (Frankel, ١٩٧٦) . ويرى هذا المدخل أن الاختلال فى ميزان المدفوعات يعد انعكاساً لاختلال السوق النقدى حيث يمارس التخفيض تأثيره على ميزان المدفوعات من خلال تأثيره على السوق النقدى المحلى . ويفترض هذا المدخل أن التخفيض الاسمى لن يترتب عليه تخفيض حقيقى ومن ثم لن يحدث تأثير على كل من الناتج الحقيقى والعمالة سواء فى الأجل القصير أو الأجل الطويل .

وعند تقييم المداخل السابقة فى رؤيتها لمدى فاعلية سياسة التخفيض فى إحداث آثار إيجابية على كل من ميزان المدفوعات والناتج الحقيقى ، يتضح أن مدخل المرونات يشترط لنجاح سياسة التخفيض أن تكون مرونات كل من الطلب المحلى على الواردات والطلب الأجنبى على الصادرات أكبر من الوحدة أو على الأقل مجموعهما الجبرى يساوى الوحدة بالإضافة إلى استجابة العرض الكلى للتغيرات المحتملة فى الطلب الكلى . وواقع الأمر يؤكد أن الأمر ليس كذلك فى حالة الدول النامية التى تتسم بانخفاض تلك المرونات لما تتسم به منتجاتها من سمات وخصائص محددة ، كما أن صادرات تلك الدول لا تمثل إلا نسبة ضئيلة من إجمالى الصادرات العالمية ، ومن ثم لا نتوقع أن يمارس التخفيض وفقاً لهذا المدخل آثاراً إيجابية مرغوبة . أما بالنسبة لمدخل الاستيعاب فيواجه ببعض الصعوبات عند تقدير أثر التخفيض وخاصة فيما يتعلق بتقدير الميل الحدى للاستيعاب بالإضافة إلى كونه أقل استقراراً من مفهوم المرونات وخاصة مع تغير السياسات النقدية والمالية . أما كل من المدخل الكينزى والنقدى فنجد أنهما يقدمان نتائج متعارضة تماماً من حيث مدى نجاح سياسة التخفيض فى إحداث آثار إيجابية على كل من الناتج والعمالة [1] .

بعد هذا الاستعراض السريع لأهم المداخل النظرية التى تناولت مدى فاعلية سياسة التخفيض فى إحداث آثاراً إيجابية على كل من ميزان المدفوعات والناتج ، فقد يثار تساؤل هام وهو :

" هل هناك بدائل لسياسة تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية ؟ "

فى الواقع يوجد العديد من السياسات البديلة التى يمكن أن ينتج عنها تأثيرات على الأسعار النسبية مشابهة لتلك التأثيرات الناجمة عن عملية التخفيض . ومع ذلك لا يمكن أن نقرر بأن تأثير تلك السياسات البديلة مكافئ تماماً للتأثيرات الناجمة عن عملية التخفيض ، ومن أهم تلك السياسات البديلة كل مما يلى :

---

[1] لمزيد من التفصيل أنظر :

Sebastian Edwards (1988), "Exchange Rate Misalignment in Developing Countries", Occasional Paper Number 2, The World Bank.

١ - فرض تعريفة جمركية على الواردات ومنح إعانة للصادرات ، وهذه السياسة لا تعد ملائمة فى الوقت الحالى نظراً لما تتضمنه من أدوات تتناقض بشدة مع مبادئ ومضمون اتفاقية الجات GATT وخاصة فيما يتعلق بتخفيف القيود الجمركية على الواردات وتخفيض الدعم الممنوح للصادرات .

٢ - استحداث نظام لأسعار الصرف المتعددة ، ولاشك أيضاً أن أهمية تلك السياسة قد أخذت فى التناقص التدريجى نتيجة لإتباع معظم الدول النامية سياسات توحيد سعر الصرف الأجنبى والاتجاه نحو تحريره وفقاً لمتطلبات صندوق النقد الدولى .

٣ - برامج الحد من التضخم ، وهذه السياسة تعتبر مدعمة لسياسة التخفيض فى مدى إحداث آثار إيجابية على الناتج الحقيقى .

أما بالنسبة لأهم الدراسات التطبيقية التى تناولت الآثار الاقتصادية المترتبة على التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للعملة الوطنية ، نجد أن كل من Santaella & Vela (١٩٩٦) فى دراسة لهما عن الاقتصاد المكسيكى قد أوضحا من خلال نتائج دراستهما أن التخفيض الحقيقى قد أدى إلى ارتفاع معدلات نمو الناتج الحقيقى فى المكسيك . وفى دراسة أخرى عن اقتصاد أورجواى قام كل من Haffmaister & Vegh (١٩٩٦) باختبار نموذج للانحدار الذاتى ذات المتجه Vector Autoregression يتكون من مجموعة متغيرات ترتبط فيما بينها ارتباطاً آنياً والتى تتمثل فى كل من : معدل نمو الناتج المحلى الحقيقى ، معدل نمو النقود الحقيقية ، معدل التضخم ، سعر الصرف الحقيقى ، وسعر الفائدة الحقيقى . وقد أوضحت نتائج الدراسة أن التخفيض الحقيقى الدائم Sustained Real Devaluation قد انعكس فى زيادة الناتج المحلى الحقيقى فى الأجل الطويل .

أما Morely (١٩٩٢) فقدم دراسة عن العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى عدد من الدول النامية خلال تطبيقها لسياسات الإصلاح الاقتصادى ، وقد خلصت الدراسة إلى أن التخفيض الحقيقى قد ترتب عليه انخفاض فى معدلات نمو الناتج الحقيقى خلال فترة التقدير ، وفى دراسة أخرى قام بها كل من Rogers & (١٩٩٥, pp. ٢٧١-٢٩٣) Wang عن الاقتصاد المكسيكى باستخدام نموذج للانحدار الذاتى ذات المتجه (VAR) ، أوضحت نتائج الدراسة أن معظم التغيرات فى الناتج المحلى الحقيقى للمكسيك كانت راجعة إلى

صدمات Shocks تتعلق بالتغيرات فى الناتج الحقيقى نفسه ، وأن سعر الصرف الحقيقى كان من أهم العوامل التى أثرت سلبياً على الناتج المحلى الحقيقى ، بمعنى أن التخفيض كان له آثاراً انكماشية على الاقتصاد المكسيكى . وفى دراسة أخرى عن الاقتصاد المكسيكى أيضاً قام كل من Kamin & Rogers (٢٠٠٠) بدراسة العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى حيث توصلت نتائج الدراسة إلى أن العلاقة بينهما هى علاقة عكسية ، بمعنى أن التخفيض الحقيقى للعملة المكسيكية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) قد أدى لانخفاض معدلات نمو الناتج الحقيقى فى المكسيك خلال فترة التقدير ، كما أوضحا أيضاً أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى كانت من أهم العوامل المفسرة للتغيرات المستقبلية فى الناتج المحلى الحقيقى فى المكسيك .

المبحث الثانى

اختبار العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر

تسعى الدراسة فى هذا المبحث إلى تحقيق الأهداف التالية :

- اختبار اتجاه العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى للعملة الوطنية والناتج الحقيقى فى مصر خلال الفترة من ١٩٧٨ وحتى ١٩٩٩ .
- استبيان طبيعة العلاقة السببية بين التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى ، أى تحديد ما إذا كانت تلك العلاقة هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى أم العكس هو الصحيح .
- تحديد الوزن النسبى للعوامل المؤثرة فى سعر الصرف الحقيقى خلال فترة الدراسة (١٩٧٨-١٩٩٩).

وسعياً لتحقيق هذه الأهداف فسوف نقوم فى عجالة سريعة باستعراض الاتجاه العام لسياسات سعر الصرف فى مصر خلال الفترة من ١٩٦٩ وحتى ١٩٩٩ ، ثم يلى ذلك اختبار العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى واستبيان طبيعتها واتجاهها ، وأخيراً سيتم اختبار تجزئة التباين Variance Decomposition لتحديد الوزن النسبى للعوامل المؤثرة فى سعر الصرف الحقيقى .

أولاً – الاتجاه العام لسياسات سعر الصرف فى مصر خلال الفترة من ١٩٦٩ وحتى ١٩٩٩ :

بدأت مصر فى أوائل عام ١٩٦٩ فى استحداث نظام لأسعار الصرف المتعددة بهدف التأثير على عرض الصرف الأجنبى والطلب عليه ، فقد تم استحداث ما سمى بنظام العلاوات وأسعار الصرف التشجيعية حيث أعلنت السلطات النقدية منح تيسيرات نقدية تستهدف تجميع

مدخرات المصريين العاملين بالخارج على أساس علاوة نسبتها ٣٥ % على تحويلاتهم بالعملة الأجنبية إلى مصر (Domac & Shahsigh, ١٩٩٩) .

وفي سبتمبر عام ١٩٧٣ تم إنشاء السوق الموازية للصرف الأجنبي التي تم في نطاقها التعامل طبقاً لأسعار صرف تسمى بالأسعار التشجيعية ، حيث تم حساب السعر التشجيعي على أساس سعر الصرف الاسمي مضافاً إليه علاوة تسمى بالعلاوة التشجيعية ، وقد حددت هذه العلاوة بواقع ٥٠ % من السعر الاسمي للشراء على أن يزيد السعر التشجيعي للبيع عن السعر التشجيعي للشراء بنسبة ٥ % . وقد تم رفع هذه العلاوة عدة مرات حتى وصلت إلى ٧٩ % من الأسعار الرسمية للشراء ، وقد استمر سعر الصرف في السوق الموازية في حالة ثبات نسبي خلال عامي ١٩٧٤ ، ١٩٧٥ .

وفي خلال الفترة من عام ١٩٧٦ وحتى عام ١٩٧٨ تم فك الارتباط بين كل من السوق الرسمي للصرف والسوق الموازية للصرف ، كما تم في خلال تلك الفترة أيضاً تحويل كل المعاملات الدولية إلى السوق الموازية للصرف الأجنبي حيث انتهى الأمر في أواخر عام ١٩٧٨ إلى توحيد سعر الصرف بواقع ٧٠ قرش للدولار الواحد [١] . وتم توحيد سعر الصرف لمدة عامين ونصف العام تقريباً إلى أن تم العودة مرة أخرى إلى نظام تعدد أسعار الصرف في نهاية ١٩٨١ بإعلان سعرين للصرف داخل الجهاز المصرفي ، فكان سعر التعامل في نطاق البنك المركزي هو سعر الصرف الموحد (٧٠ قرش للدولار) ، وسعر آخر للتعامل في نطاق البنوك التجارية المعتمدة (٨٤ قرش للدولار) .

وفي مارس عام ١٩٨٤ أنشئت سوق ثالثة داخل الجهاز المصرفي حيث تم تحديد سعر الصرف في نطاقها على أساس مرن ، وقد تدرج هذا السعر من ٨٤ قرش إلى ١١٢ قرش إلى حوالي ١٣٥ قرش [٢] . ويستنتج مما سبق أن الفترة التي تلت عام ١٩٨١ قد اتسمت بسرعة تغير سعر الصرف وتعدده ، كما اتسمت أيضاً بسرعة ارتفاع سعر الصرف الأجنبي وانخفاض قيمة الجنيه المصري تجاه العملات الأجنبية ومن أهمها الدولار . وفي فبراير عام ١٩٩١ قامت

---

[١] سوف يتم اتخاذ سنة ١٩٧٨ كبداية لفترة التقدير حيث كان سعر الدولار الواحد يعادل ٧٠ قرش .

[٢] للمزيد من التفصيلات أنظر : مجلس الشورى (١٩٨٦) ، " سعر الصرف في مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٤ وحتى الآن " ، سلسلة تقارير مجلس الشورى ، التقرير رقم ١٤ .

الحكومة المصرية بإتباع سياسة للإصلاح الاقتصادى والتى ترتب عليها السماح بحرية تحديد سعر الصرف ، فقد تم تحديد سعر صرف موحد تم إحلاله محل جميع أسعار الصرف السابقة (Mongardini, J., ١٩٩٨) ، ومنذ ذلك الحين ارتفع سعر صرف الجنيه المصرى إلى ٣٣٠ قرش للدولار ، حيث استمر فى حالة ثبات نسبى مع بعض الزيادات الطفيفة حتى وصل إلى حوالى ٣٤٠ قرش للدولار فى أواخر عام ١٩٩٩ .

نخلص مما سبق أن تطور سعر الصرف الاسمى فى مصر قد مر بأربعة مراحل متميزة ، الأولى من عام ١٩٦٩ وحتى عام ١٩٧٧ حيث كان سعر الصرف يعادل ٤٠ قرش للدولار ، والثانية من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٨٨ حيث كان سعر الصرف الاسمى يعادل ٧٠ قرش للدولار ، والثالثة وهى فترة قصيرة نسبياً (١٩٨٩-١٩٩٠) حيث ارتفع تدريجياً سعر الصرف حتى وصل إلى حوالى ٢٠٠ قرش للدولار ، أما الفترة الرابعة والأخيرة فقد بدأت منذ عام ١٩٩١ أى منذ تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادى حيث أخذ سعر الصرف فى الارتفاع التدريجى حتى وصل إلى حوالى ٣٤٠ قرش للدولار فى أواخر عام ١٩٩٩ .

واستناداً إلى البيانات المتوافرة عن سعر الصرف الاسمى (١) فقد قمنا بحساب سعر الصرف الحقيقى Real Exchange Rate خلال الفترة من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٩ وفقاً للمعادلة الآتية :

$$\text{سعر الصرف الحقيقى} = \frac{\text{سعر الصرف الاسمى} \times \text{الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى أمريكا}}{\text{الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى مصر}}$$

ويوضح العمود الأول من الجدول (١) تطور سعر الصرف الاسمى ، ويوضح العمود الثانى تطور سعر الصرف الحقيقى ، بينما يوضح العمود الأخير تطور الناتج الحقيقى فى مصر خلال فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) .

(١) International Financial Statistics, Year Book, (٢٠٠٠), I.M.F.

جدول (١)

تطور سعر الصرف الاسمى والحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

السنة	سعر الصرف الاسمى عدد الجنيهات المصرية مقابل دولار واحد	سعر الصرف الحقيقى	الناتج الحقيقى
١٩٧٨	٠,٣٩	١,٥٢٢٥	٨٨٩,٣٦
١٩٧٩	٠,٧٠	٢,٧٥٣٧	١٠٣٠,٩٩
١٩٨٠	٠,٧٠	٢,٥٧٦٢	١٠٥٢,٣٨
١٩٨١	٠,٧٠	٢,٦٢٨٣	١٠٧٨,٦٢
١٩٨٢	٠,٧٠	٢,٥٦١٣	١٢٩٨,٥٦
١٩٨٣	٠,٧٠	٢,٢٧٧٧	١٣١٤,٦٣
١٩٨٤	٠,٧٠	٢,١٦٠٢	١٤٢٧,٤٧
١٩٨٥	٠,٧٠	١,٩٧٦٨	١٤٩٨,٠٤
١٩٨٦	٠,٧٠	١,٧١١٩	١٥٠١,٠٥
١٩٨٧	٠,٧٠	١,٥٦٣٥	١٥٤٢,٦٩
١٩٨٨	٠,٧٠	١,٢٩٠٣	١٤٦٣,١٨
١٩٨٩	١,١٠	١,٦٧٠٥	١٤٣٢,٨٤
١٩٩٠	٢,٠٠	٢,٧٣٨٠	١٥٣٥,١٤
١٩٩١	٣,٣٣٢	٤,٠٣١١	١٥٠٤,٧٤
١٩٩٢	٣,٣٣٨	٣,٧١٣٦	١٦٧٩,٩٥
١٩٩٣	٣,٣٧١	٣,٥٥٥٦	١٧٤٩,٧٢
١٩٩٤	٣,٣٩١	٣,٥٠٦٣	١٨٥٩,٧٢
١٩٩٥	٣,٣٩٠	٣,٣٩٠٠	٢٠٥٠,٠١
١٩٩٦	٣,٣٨٨	٣,٣١٠٨	٢١٦٨,٠٩
١٩٩٧	٣,٣٨٨	٣,١٦٢٧	٢٢٧١,٧٢
١٩٩٨	٣,٣٨٨	٣,١٦٨٨	٢٤٤٩,٤٨
١٩٩٩	٣,٤٠٥	٣,٢٢٥٠	٢٦١٩,٥٨

يتضح من الجدول السابق أن ارتفاع سعر الصرف الاسمى (التخفيض الاسمى) لا يؤدى بالضرورة إلى ارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى) ، بمعنى أن التخفيض الاسمى لا يؤدى بالضرورة إلى تخفيض حقيقى . فإذا قمنا بتقسيم فترة الدراسة إلى فترتين زمنيتين ، وهما فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادى (١٩٧٨ - ١٩٩٠) ، وفترة ما بعد الإصلاح الاقتصادى (١٩٩١ - ١٩٩٩) ، ففى خلال فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادى نجد أن سعر الصرف الاسمى ظل ثابتاً حتى عام ١٩٨٨ وارتفع خلال عامى ١٩٨٩ ، ١٩٩٠ ، بينما نجد أن سعر الصرف الحقيقى ارتفع فى البداية وظل فى حالة ثبات نسبى حتى عام ١٩٨٤ ثم انخفض بعد ذلك . أما خلال فترة الإصلاح الاقتصادى فنجد أن سعر الصرف الاسمى ارتفع فى بداية فترة الإصلاح ثم ظل ثابتاً طوال فترة الإصلاح الاقتصادى ، بينما نجد أن سعر الصرف الحقيقى قد ارتفع فى البداية ثم انخفض بعد ذلك . نستنتج مما سبق أن التخفيض الاسمى لسعر صرف الجنيه المصرى لم يؤد بالضرورة إلى تخفيض حقيقى Real Devaluation بل أدى فى بعض السنوات إلى ارتفاع حقيقى Real Appreciation ، ومعنى ما سبق أن التخفيض الاسمى لم يكن كافياً لإحداث تخفيض حقيقى حيث كان الجنيه المصرى مقوماً بأكثر من قيمته الفعلية Overvalued .

ثانياً - اختبار العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر :

إن نقطة البداية لتحديد الدور الذى يمكن أن تمارسه سياسة تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية فى معالجة عجز ميزان المدفوعات المصرى يستلزم بادئ ذى بدء ضرورة تحديد العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر ، بالإضافة إلى أن تحديد اتجاه تلك العلاقة سوف يسمح لنا بتحديد وتفسير التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى خلال فترة الدراسة .

وبصفة عامة يهدف هذا الاختبار إلى معرفة اتجاه علاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٩ ، هل تلك العلاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ؟ أم العكس هو الصحيح ؟

واستناداً إلى البيانات الواردة فى الجدول (١) عن كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى وباستخدام برنامج TSP لاختبار الارتباط الثنائى Bivariate Correlation بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر ، فقد تم التوصل إلى النتائج التى يوضحها الجدول (٢) .

جدول (٢)

نتائج اختبار الارتباط الثنائى بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر

خلال الفترة (١٩٧٨ – ١٩٩٩)

Leads (+) & Lags (-)

Leads (+) Lags (-)	قيمة معامل الارتباط
٤	٠,٢٠٢ -
٣	٠,٢٧٦ -
٢	٠,٣٢٤ -
١	٠,٣٠٨ -
صفر	٠,١٩٢
١ -	٠,٠٠٢ -
٢ -	٠,٠١٨
٣ -	٠,٥٦٣
٤ -	٠,٠٢١ -

يوضح الجدول السابق نتائج اختبار الارتباط الثنائى بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر ، وذلك عند فترات زمنية مختلفة سواء كانت تلك الفترات ذات فترة إبطاء Lags أو فترات مستقبلية Leads ، حيث تشير الفترات الزمنية الماضية Lags إلى استخدام سعر الصرف الحقيقى فى التنبؤ بالتغيرات فى الناتج الحقيقى ، بمعنى أن علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ، بينما تشير الفترات الزمنية المستقبلية Leads

إلى استخدام الناتج الحقيقى فى التنبؤ بالتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى بمعنى أن علاقة السببية هى من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى (Lillien, D.M., ۱۹۹۰, Ch. ۷) .

وتشير نتائج الجدول السابق إلى أن القيمة المطلقة لمعامل الارتباط بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى هى قيمة سالبة فى معظم الفترات الزمنية الماضية أو المستقبلية ، وهذا يعنى أن هناك علاقة عكسية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى ، فارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى) يرتبط بانخفاض الناتج الحقيقى فى مصر والعكس صحيح ، ونستنتج من ذلك أن التخفيض الحقيقى Real Devaluation يرتبط بآثار انكماشية Contractionary Effects على الناتج الحقيقى ، كما أن الارتفاع الحقيقى Real Appreciation يرتبط بآثار توسعية Expansionary Effects على الناتج الحقيقى . وبطبيعة الحال لا نستطيع أن نجزم بناءً على النتائج السابقة أن الآثار الانكماشية ترجع فقط إلى التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) ، فقد تكون هناك عوامل أخرى تتفاعل مع عملية التخفيض فى إحداث مثل تلك الآثار الانكماشية كما سنوضح فيما بعد .

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن نتائج الاختبار السابق لا توضح بدقة اتجاه العلاقة السببية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى . ففى بعض الفترات الزمنية الماضية Lags كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط أكبر من مثيلتها فى الفترات الزمنية المستقبلية Leads ، فمثلاً كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الزمنية الماضية (- ٣) هى ٠,٥٦٣ بينما كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الزمنية المستقبلية (+ ٣) هى ٠,٢٧٦ ، وهذا يعنى أن اتجاه علاقة السببية هو من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى . فى حين كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الزمنية المستقبلية (+ ٢) هى ٠,٣٢٤ بينما كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الماضية (- ٢) هى ٠,٠١٨ ، مما يعنى أن اتجاه علاقة السببية هو من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى .

ونخلص مما سبق إلى أن النتائج السابقة توضح إلى حد كبير صحة العلاقة العكسية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر ، بمعنى أن انخفاض الناتج الحقيقى مرتبط بانخفاض حقيقى فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) والعكس

صحيح . بينما لا تؤكد النتائج السابقة بصورة قاطعة اتجاه العلاقة السببية هل هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى أم العكس هو الصحيح ، ولتوضيح طبيعة تلك العلاقة السببية فسوف نلجأ إلى اختبار " جرانجر " للسببية Causality Granger Test والذى صمم لاختبار علاقة السببية بين متغيرين (Engle & Granger, ١٩٨٧, pp. ٢٥١-٢٧٦) . ويوضح الجدول (٣) نتائج هذا الاختبار .

جدول (٣)

نتائج اختبار جرانجر للسببية بين سعر الصرف الحقيقى

والناتج الحقيقى فى مصر (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

(تم استخدام ٣ فجوات زمنية)

المتغيرات	اللوغاريتم Log	الفروق الأولى First-difference
الناتج الحقيقى	٠,٥٥٨٧٦١ (٠,٦٥٠٣)	٠,٨٩٩٠٣١ (٠,٤٦٤٦)
سعر الصرف الحقيقى	٥,٨٣٠٣٩٣ (٠,٠٠٧٦)	٣,٦١٩٢٧٥ (٠,٠٣٨١)

فى الجدول السابق تشير الأرقام التى بداخل الأقواس إلى القيمة الاحتمالية P-Value ، بينما تشير الأرقام التى بدون أقواس إلى إحصائية (F) F. Statistics .

ويتضح من نتائج الجدول السابق أن اتجاه العلاقة السببية هو من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى وليس العكس سواء تم استخدام اللوغاريتم أو الفروق الأولى لكل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى ، فالنتائج تؤيد رفض فرض العدم والقائل بأن التغيرات فى الناتج الحقيقى لا تسبب حدوث تغيرات فى سعر الصرف الحقيقى ، وبالتالى قبول الفرض البديل والقائل بأن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى تؤدى إلى إحداث تغيرات فى الناتج الحقيقى وذلك عند مستوى معنوية ١ % فى حالة استخدام اللوغاريتم ، وعند مستوى معنوية ٥ % فى حالة استخدام الفروق الأولى ، حيث أن (F المحسوبة فى حالة استخدام اللوغاريتم = ٥,٣٨ < F

الجدولية = ٤,٩٤) ، كما أن (F المحسوبة فى حالة استخدام الفروق الأولى = ٣,٦٢ > F الجدولية = ٣,١) .

ولمزيد من التحليل فقد قمنا بتقسيم فترة الدراسة إلى فترتين زمنيتين ، الفترة الأولى من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٠ ، والفترة الثانية من عام ١٩٩١ وحتى عام ١٩٩٩ ، وذلك بهدف معرفة أثر تنفيذ سياسة الإصلاح الاقتصادى فى مصر مع بداية عام ١٩٩١ على طبيعة العلاقة السببية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى . ويوضح الجدول (٤) نتائج اختبار جرانجر للسببية لكل من الفترتين .

جدول (٤)

نتائج اختبار جرانجر للسببية

(١) الفترة الأولى (١٩٧٨ - ١٩٩٠)

فجوة زمنية = ٣

المتغيرات	الفروق الأولى
الناتج الحقيقى	٥,٤٢٧٩٢٧ (٠,٠٤٩٧)
سعر الصرف الحقيقى	١,٢٩٣٠١٣ (٠,٣٧٣٠)

(٢) الفترة الثانية (١٩٩١ - ١٩٩٩)

فجوة زمنية = ٣

المتغيرات	الفروق الأولى
الناتج الحقيقى	٠,٣٥٩٦٠٥ (٠,٧٨٨٤)
سعر الصرف الحقيقى	١١,٨٥١٥ (٠,٠٣٦٠)

يتضح من نتائج الجدول السابق أنه فى الفترة الأولى (١٩٧٨ - ١٩٩٠) وهى فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادى كانت علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى بينما توضح الفترة الثانية (١٩٩١ - ١٩٩٩) وهى فترة تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادى أن علاقة السببية كانت من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى ، وتفسير ذلك أنه فى الفترة السابقة على تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادى كان هناك انخفاض ملموس فى سعر الصرف الاسمى انعكس فى تخفيض فى سعر الصرف الحقيقى مما أدى بدوره إلى التأثير فى الناتج الحقيقى . أما فى الفترة التالية لبدء الإصلاح الاقتصادى فقد كان سعر الصرف الاسمى ثابتاً تقريباً خلال تلك الفترة ، بينما كان سعر الصرف الحقيقى مستمراً فى الانخفاض ، وهذا يعنى أن انخفاض سعر الصرف الحقيقى لم يكن راجعاً بالدرجة الأولى إلى التخفيض الاسمى وإنما كان راجعاً إلى اختلاف معدلات التضخم بين مصر والعالم الخارجى بصفة عامة والولايات المتحدة الأمريكية بصفة خاصة ، وبالتالى يمكن استنتاج أن التغيرات فى الناتج الحقيقى هى التى أدت إلى إحداث تغيرات فى سعر الصرف الحقيقى . أما فى حالة الفترة الزمنية الكاملة وهى فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) فقد كانت علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ، وهذا يعكس حقيقة أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى تحتاج إلى فترة زمنية طويلة نسبياً لإحداث تغيرات ملموسة فى الناتج الحقيقى .

ثالثاً - اشتقاق نموذج الانحدار الذاتى ذات المتجه (VAR) :

أوضحت نتائج تحليل الارتباط الثنائى أن علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى وليس العكس . ومع ذلك يواجه التحليل السابق مشكلة الارتباط الزائف Spurious Correlation ، كما أنه لا يحدد القنوات التى من خلالها يتأثر الناتج الحقيقى بالتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى . ولهذا فسوف نلجأ فيما يلى إلى اشتقاق واختبار نموذج للانحدار الذاتى ذات المتجه وذلك لكى نتمكن من تحديد أهم المتغيرات المؤثرة فى الناتج الحقيقى .

والهدف من اشتقاق هذا النموذج هو القيام أولاً بإجراء عملية انحدار للمعادلات المكونة له ، ثم القيام ثانياً باختبار تجزئة التباين بهدف معرفة الوزن النسبى لكل متغير من المتغيرات المكونة للنموذج فى تفسير التغيرات المستقبلية لكل من الناتج الحقيقى وسعر الصرف الحقيقى

وخطوات اشتقاق النموذج والمعادلات المكونة له تتمثل فيما يلي :

ى = ط م + ص ص (١)

والمعادلة (١) توضح أن الناتج المحلى الإجمالى (ى) يتكون من الطلب المحلى (ط م) وصافى الصادرات (ص ص) .

ص ص = أ$_{١٢}$ ر ح = أ$_{٢٢}$ ى (٢)

وتوضح المعادلة (٢) أن صافى الصادرات (ص ص) من المتوقع أن يتأثر طردياً بالتغيرات فى كل من سعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، ويتأثر عكسياً بالناتج المحلى (ى) ، فارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى) يؤدى لزيادة الصادرات والعكس صحيح ، كما أن زيادة الدخل (ى) تؤدى لزيادة الواردات من الخارج مما ينعكس فى انخفاض صافى الصادرات (ص ص) .

وتوضح لنا النظرية الاقتصادية أن هناك العديد من العوامل التى يمكن لها أن تؤثر فى الطلب المحلى (ط م) ، ولعل من أهم تلك العوامل كل من : معدل التضخم (ت) ، سعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، سعر الصرف الاسمى (ر) ، سعر الفائدة الاسمى (ف) ، سعر الفائدة الحقيقى (ف ح) ، عجز الموازنة العامة للدولة (ع) ، حجم الائتمان الحقيقى (ن) ، الأجور الحقيقية (ج) ، والمعادلة التالية تمثل دالة الطلب المحلى :

ط م = - أ$_{١٣}$ ت - أ$_{٢٣}$ ر ح + أ$_{٣٣}$ ع + أ$_{٤٣}$ ن - أ$_{٥٣}$ ف - أ$_{٦٣}$ ف ح + أ$_{٧٣}$ ج (٣)

والمعادلة (٣) توضح أن الطلب المحلى (ط م) من المتوقع أن يرتبط عكسياً بكل من معدل التضخم (ت) ، سعر الفائدة الاسمى (ف) ، سعر الفائدة الحقيقى (ف ح) ، وسعر الصرف الحقيقى (ر ح) . ويمكن تفسير العلاقة العكسية بين سعر الصرف الحقيقى (ر ح) والطلب المحلى (ط م) بالرجوع إلى المعادلة رقم (٢) والتى توضح أن العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى وصافى الصادرات هى علاقة طردية ، بمعنى أن ارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى) يؤدى لزيادة صافى الصادرات ، وطالما أن مجموع كل من صافى الصادرات والطلب المحلى يساوى مقدار ثابت وهو الناتج المحلى ، فإن ارتفاع سعر الصرف الحقيقى سيؤدى لانخفاض الطلب المحلى حتى تتحقق المتطابقة المعبر عنها بالمعادلة الأولى وهى

ى – ط م ، ص ص ومن ناحية أخرى توضح المعادلة السابقة رقم (٣) أن الطلب المحلى (ط م) من المتوقع أن يرتبط طرديا بكل من عجز الموازنة العامة (ع) ، حجم الائتمان المحلى الحقيقى (ن) وحجم الأجور الحقيقية (ج)

أما المعادلة رقم (٤) فتوضح ببساطة أن حجم الائتمان الحقيقى (ن) يتكون من النقود الحقيقية (م) وحجم الاقتراض الخارجي معبراً عنه بصافى تدفق رأس المال الأجنبى للداخل (ك)

ن = أ$_{١١}$ م + أ$_{١٤}$ ك (٤)

وتوضح المعادلة رقم (٥) أن دالة الطلب النقدى التقليدية تأخذ الشكل التالى :

م = أ$_{١٥}$ ى – أ$_{٢٥}$ ف (٥)

حيث يرتبط الطلب النقدى (م) بعلاقة طردية مع الناتج الكلى (ى) وعلاقة عكسية مع سعر الفائدة الاسمى (ف) .

أما سعر الفائدة الاسمى (ف) فنتوقع أن يرتبط بعلاقة عكسية مع صافى التدفق الأجنبى للداخل (ك) وبعلاقة طردية بكل من معدل التضخم (ت) والناتج المحلي (ى) كما توضح المعادلة رقم (١٦) :

ف = أ$_{١٦}$ ت + أ$_{٢٦}$ ى – أ$_{٣٦}$ ك (٦)

وتوضح المعادلة رقم (٧) أن معدل التضخم (ت) من المتوقع أن يرتبط طرديا بكل من سعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، سعر الصرف الاسمى (ر) والناتج المحلى (ى) .

ت = أ$_{١٧}$ ر ح + أ$_{٢٧}$ ر + أ$_{٣٧}$ ى (٧)

أما صافى التدفق الأجنبى للداخل (ك) فيتحدد بكل من أسعار الفائدة المحلية والأجنبية وكذلك سعر الصرف الاسمى كما توضح المعادلة التالية ·

ك = أ$_{١٨}$ ف – أ$_{٢٨}$ ر – أ$_{٣٠}$ ف· (٨)

حيث (ف) تمثل سعر الفائدة الاسمى المحلى ، (ر) تمثل سعر الصرف الاسمى ، بينما (، . أ) تمثل سعر الفائدة الاسمى الأجنبى

ويرتبط سعر الصرف الاسمى (ر) بكل من معدل التضخم (ت) ، سعر الفائدة الأجنبى (ف أ) وسعر الصرف الحقيقى (ر ح) كما توضح المعادلة التالية :

ر = أ $_{١٩}$ ت − أ $_{١٩}$ ف أ + أ $_{٣٩}$ ر ح (٩)

أما سعر الصرف الحقيقى (ر ح) فمن المتوقع أن يرتبط عكسياً بكل من صافى الصادرات (ص ص) وصافى التدفق الأجنبى للداخل (ك) كما توضح المعادلة التالية :

ر ح = − أ $_{١١}$ ص ص − أ $_{١١}$ ك (١٠)

وتوضح المعادلة (١١) أن عجز الموازنة العامة للدولة (ع) فمن المتوقع أن يرتبط عكسياً بكل من الناتج المحلى (ى) ومعدل التضخم (ت) كما يرتبط طردياً بصافى التدفق الأجنبى للداخل (ك) .

ع = − أ $_{١١١}$ ى + أ $_{٢١١}$ ك − أ $_{٣١١}$ ت (١١)

وأخيراً فإن المعادلة رقم (١٢) توضح أن الأجور الحقيقية (ج) فمن المتوقع أن ترتبط طردياً بكل من الناتج المحلى (ى) ومعدل التضخم (ت) .

ج = أ $_{١١٢}$ ى − أ $_{٢١٢}$ ت (١٢)

ويتكون النموذج السابق من اثنى عشر معادلة ، وعن طريق الاستبعاد التدريجى لبعض المتغيرات التى يشتملها النموذج السابق فإنه يمكن اختصاره إلى النموذج التالى :

ى = − أ′ $_{١١}$ ت + أ′ $_{٢١}$ ر ح − أ′ $_{٣١}$ ف أ (١)

ت = − أ′ $_{١٢}$ ر ح + أ′ $_{٢٢}$ ى (٢)

ر ح = − أ′ $_{١٣}$ ت + أ′ $_{٢٣}$ ى − أ′ $_{٣٣}$ ف أ (٣)

ويتكون النموذج السابق من ثلاثة معادلات وثلاثة متغيرات داخلية وهى ى ، ت ، ر ح ومتغير خارجى وهو ف أ . وبجانب النموذج السابق والذى سوف نطلق عليه النموذج المركزى Core Model ، فسوف يتم اختبار عدة نماذج أخرى بديلة ، والمتغيرات التى يحتويها النموذج المركزى والنماذج البديلة هى كما يلى :

(١) ى ، ت ، ر ح ، ف أ (النموذج المركزى)

(٢) ى ، ت ، ر ح ، م ، ع

(٣) ى ، ت ، ر ح ، ع ، ف أ

(٤) ى ، ت ، ر ح ، م ، ف أ

(٥) ى ، ت ، ر ح ، ك ، ف أ

رابعاً - اختبار تجزئة التباين (VD) :

يهدف هذا الاختبار إلى معرفة الوزن النسبى لكل متغير من متغيرات المعادلات المكونة للنماذج السابقة فى تفسير التغيرات المستقبلية فى كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى .

وقبل البدء فى اختبار النماذج السابقة سنبدأ أولاً فى التأكد من أن سلاسل بيانات المتغيرات المكونة لتلك النماذج هى ساكنة Stationary عند مستواها خلال فترة الدراسة [١] وذلك لأنه إذا كانت بعض متغيرات السلسلة الزمنية غير ساكن والبعض الآخر ساكن فسوف ينتج عن عملية الانحدار ما يسمى بالانحدار الزائف (Harvey, Spurious Regression ١٩٩٠, p. ٨٢) ولذلك سوف يتم القيام باختبار جذر الوحدة Unit Root Test للتأكد من مدى سكون السلسلة الزمنية لبيانات كل متغير من المتغيرات خلال فترة الدراسة ، وسيتم استخدام جدول Dickey-Fuller لاختبار جذر الوحدة لكل متغير من المتغيرات المكونة للنماذج السابقة ، حيث تعتبر السلسلة هى سلسلة غير ساكنة إذا كانت قيمة تاو (t = (tau المقدرة أقل من القيمة الحرجة لها فى جدول Dickey-Fuller ، وهذا يعنى قبول الفرض البديل ومفاده أن السلسلة الزمنية محل الاختبار هى سلسلة غير ساكنة ..أما إذا كانت قيمة تاو (t = (tau المقدرة أكبر من القيمة الحرجة لها فهذا يعنى رفض افتراض جذر الوحدة (رفض فرض العدم) ومن ثم تعتبر السلسلة الزمنية هى سلسلة ساكنة (William, E.G., etall, ١٩٩٢, p. ٦٩٦) .

---

(١) السلسلة الزمنية الساكنة هى سلسلة تتميز بأن لها متوسط وتباين لا يتغيران مع الزمن ، ومن ثم فهى تميل إلى أن تعود إلى متوسطها وتتذبذب حول هذا المتوسط خلال مدى ثابت ، فى حين أن السلسلة الزمنية غير الساكنة تتميز بأن متوسطها وتباينها يتغيران عبر الزمن .

والجدول التالى يوضح نتائج اختبار جذر الوحدة لمتغيرات الدراسة [1] باستخدام صيغة لا تحتوى على الحد الثابت كما تحتوى أيضاً على حد الفترات الزمنية وقد تم استخدام اللوغاريتم الطبيعى (Log) والفروق الأولى First Difference لكل متغير من متغيرات الدراسة

جدول (٥)

اختبار جذر الوحدة لمتغيرات الدراسة

(فجوة زمنية واحدة)

خلال الفترة من (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

المتغيرات	اختبار Dicket-Fuller لإحصائية t	
	Log	First-difference
١ - الناتج المحلى الحقيقى (ى)	٠,٣٥٢٤٨ *	- ٢,٤١١٤ ***
٢ - سعر الصرف الحقيقى (ر ح)	- ٠,١٤٨٤	- ٩٨٢٢ *
٣ - النقود الحقيقية (م)	١,٤٠٣٩	- ٠,٧٤٠٩ ***
٤ - عجز الموازنة العامة (ع)	١,٠٤٧٦	- ١,٧٧٤٨ ***
٥ - معدل التضخم (ت)	- ٠,٧٧٩٤	- ٤,٢٠٩ *
٦ - صافى التدفق الخارجى للدخل (ك)	.... (٢)	- ٤,٠٨٢٢ *

* : تشير إلى مستوى معنوية ١ % .

** : تشير إلى مستوى معنوية ٥ % .

*** : تشير إلى مستوى معنوية ١٠ % .

يتضح من نتائج الجدول السابق أن بيانات السلسلة الزمنية غير ساكنة عند استخدام اللوغاريتم الطبيعى لكل المتغيرات فيما عدا الناتج المحلى الحقيقى ، فى حين أصبحت جميع

---

(١) تم الحصول على البيانات الممثلة لمتغيرات الدراسة من :

- International Financial Statistics, Year Book, ٢٠٠٠, IMF.
- تقارير البنك المركزى المصرى ، أعداد مختلفة .

(٢) لم نستطع إيجاد لوغاريتم لصافى التدفق الخارجى للدخل (ك) نظراً لأن قيم (ك) فى معظم سنوات السلسلة الزمنية هى قيم سالبة .

المتغيرات ساكنة عند استخدام الفروق الأولى وذلك عند مستويات معنوية مختلفة ١ % ، ٥ % ، ١٠ % . ومن ثم سنقوم باستخدام الفروق الأولى لجميع المتغيرات عند اختبار نموذج (VAR) . وبعد القيام باختبار نموذج VAR عن طريق القيام بعملية انحدار لجميع متغيرات النموذج المركزى والنماذج البديلة ، فإن الخطوة التالية هى استخدام أسلوب تجزئة التباين (VD) والذى استخدمه Sim (١٩٨٠, pp. ١-٤٨) ، حيث يهدف هذا الأسلوب إلى تجزئة خطأ التنبؤ إلى نسب يمكن إرجاعها إلى المتغير نفسه وإلى المتغيرات الأخرى المكونة للنموذج .

والجدول التالى يوضح نتائج اختبار تجزئة التباين خلال فترة مستقبلية تقدر بعشرين سنة ، ويوضح الجدول (٦) نتائج اختبار تجزئة التباين للنموذج المركزى . أما الجدول (٧) فيوضح نتائج اختبار تجزئة التباين للنماذج الأخرى ، حيث سنكتفى بعرض النتائج المتعلقة بكل من الناتج المحلى الحقيقى (ى) وسعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، وذلك فيما يتعلق بأهم المتغيرات التى تفسر التغيرات المستقبلية فى كل منهما .

جدول (٦)

نتائج اختبار تجزئة التباين (VD) ، النموذج المركزى (Core Model)

المتغيرات : ى ، ر ح ، ت ، ف أ : متغير خارجى

المتغير	خطأ التنبؤ	فترة التنبؤ	النسبة التى يفسرها كل متغير فى خطأ التنبؤ (%)		
			ى	ر	ت
ى	٠,٠٣٣٤٧٥	٢	٨٦,٥٣	٧,١٦	٦,٣١
	٠,٠٤٤٨٩١	٤	٧٣,٢٤	٢٣,٢٢	٣,٥٤
	٠,٠٥٠٥٧٧	١٦	٧٠,٨٧	٢٣,٩٨	٥,١٥
	٠,٠٥٠٦٩٢	٢٠	٧٠,٨٢	٢٤,٠١	٥,١٨
ر ح	٠,١٧٤١٣٣	٢	٣٥,٥٨	٦٢,٢٢	٦,٣٣
	٠,١٨٦٣٧١	٤	٣٣,٨٠	٥٢,٠١	١٤,٩٩
	٠,٢٠٨٧٦١	١٦	٣٠,٦٧	٥١,٩٦	١٧,٤٨
	٠,٢٠٩٢٠٦	٢٠	٣٠,٦٠	٥١,٨٦	١٧,٥٤

جدول (٧)

نتائج اختبار تجزئة التباين (VD)

. النماذج البديلة (٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥)

النموذج	المتغير	خطأ التنبؤ	فترة التنبؤ	النسبة التى يفسرها كل متغير من خطأ التنبؤ (%)					
				ى	ر ح	ت	م	ع	ك
(٢)	ى	٠,٠٣٦٠٥٩	٤	٦٦,٩١	٢٣,٨٧	٠,٩٩	٧,٩٩	٠,٢٣	....
		٠,١٧٨٨٢٦	٢٠	٥٤,٦٩	٢٧,٦١	٩,٧١	٢,٠٦	٥,٩٣	....
	ر ح	٠,١٩٤٧١٢	٤	٤٨,٥٩	٣٦,٥٢	٧,٠٩	٥,٧٣	٢,٠٥	....
		٠,٨٣٤٧٦٥	٢٠	٥٤,٦٧	٢٧,٥٢	٩,٩٢	١,٨٤	٦,٠٥	....
(٣)	ى	٠,٠٤٣٨٦٨	٤	٦٨,٤٤	٢٥,١٨	٤,٢٢	....	٢,١٦	....
		٠,٠٥٠٧٧٠	٢٠	٦١,٤٤	٢٩,٢١	٦,٦٠	....	٢,٧٤	....
	ر ح	٠,١٩٣٣١٥	٤	٤٠,٦٦	٣٧,١٢	١٧,٢١	....	٥,٠١	...
		٠,٢١٤٧١٠	٢٠	٣٥,٤٨	٤١,٣٨	١٨,٣٦	....	٤,٧٨	....
(٤)	ى	٠,٠٤٤٠٤٢	٤	٦٠,٤١	٢٦,٩١	٣,٩٦	٨,٧٢	....	....
		٠,٠٥٤٤٦٠	٢٠	٥٠,٠٧	٣٠,٥٥	٣,٩٩	١٥,٣٨	....	....
	ر ح	٠,١٧٢٢٣١	٤	٣٤,١٩	٤٥,٢٦	٠,٥٦	١٩,٩٨	....	...
		٠,٢٢٠٧٧٣	٢٠	٤١,٤١	٣٩,٥٧	١,٣٥	١٧,٦٧	....	....
(٥)	ى	٠,٠٣٢٧٨٨	٤	٦٩,٧٨	٨,٠٦	٢٠,٠٢	....	....	٢,١٤
		٠,٠٤١٤٠٣	٢٠	٥٥,٦٥	١٥,٥٧	٣٣,٠٣	....	....	٥,٧٥
	ر ح	٠,١٢١٥٤٥	٤	١٥,٢٦	٤٢,٣٧	٢٢,٦٧	....	....	١٩,٧١
		٠,١٥٢٢٤٥	٢٠	٢١,١٩	٣٧,٨٣	٢٥,٣٧	...	....	١٥,٦١

يتضح من نتائج الجدول (٦) الذى يختبر النموذج المركزى أن التغيرات فى الناتج المحلى الحقيقى (ى) يمكن إرجاعها بصفة أساسية إلى صدمات Shock تتعلق بالناتج الحقيقى بنسبة (٧١ %) ، وأن سعر الصرف الحقيقى (ر ح) مسئول عن تفسير ٢٤ % من تلك التغيرات ، بينما يفسر معدل التضخم ٥ % فقط من التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى .

أما فيما يتعلق بالتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى (ر ح) فيمكن أيضاً إرجاعها بصفة أساسية إلى صدمات تتعلق بسعر الصرف الحقيقى نفسه (٥٢ %) ، وأن الناتج الحقيقى مسئول عن تفسير ٣١ % من تلك التغيرات ، بينما يفسر معدل التضخم ١٧ % من تلك التغيرات .

أما بالنسبة لاختبار تجزئة التباين الخاص بالنماذج البديلة (٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) ، نجد أنه بالنسبة لكل من النماذج ٢ ، ٣ ، ٤ فإن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى مازالت تمثل العامل الثانى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى ٢٨ % ، ٢٩ % ، ٣١ % على التوالى ، بينما تفسر المتغيرات الأخرى من ٢ % إلى ١٥ % فقط . وفى النموذج رقم (٥) نجد أن معدل التضخم يأتى فى المرتبة الثانية حيث يفسر ٣٣ % من التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى بينما يأتى سعر الصرف الحقيقى فى المرتبة الثالثة حيث يفسر ١٦ % ، بينما يفسر تدفق رأس المال الأجنبى للداخل ٦ % فقط من تلك التغيرات .

أما بالنسبة للتغيرات المستقبلية فى سعر الصرف الحقيقى فنجد أن العامل الأول فى تفسير تلك التغيرات هو الناتج الحقيقى وذلك بالنسبة لكل من النماذج ٢ ، ٤ (٥٥ % ، ٤١ %) على التوالى بينما يأتى سعر الصرف الحقيقى فى المرتبة الثانية حيث يفسر ٢٨ % ، ٣٩ % على التوالى ، أما بالنسبة لكل من النموذج ٣ ، ٥ فإن العامل الأول فى تفسير تلك التغيرات هو سعر الصرف الحقيقى حيث يفسر ٤١ % ، ٣٨ % على التوالى ، بينما يأتى الناتج الحقيقى فى المرتبة الثانية حيث يفسر ٣٥ % ، ٢١ % على التوالى .

نستنتج مما سبق أن اختبار تجزئة التباين لكل من النموذج المركزى والنماذج الخمسة الأخرى البديلة توضح أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى تعتبر العامل الأساسى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى فى معظم النماذج حيث تأتى فى المرتبة الثانية بعد الصدمات المتعلقة بالناتج الحقيقى نفسه ، وهذا ما يؤكد على أهمية سعر الصرف الحقيقى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى ، كما يتضح من النتائج السابقة أيضاً أن التغيرات فى الناتج الحقيقى تعتبر من أهم العوامل المفسرة للتغيرات المستقبلية فى سعر الصرف الحقيقى .

الخلاصة والنتائج :

استهدفت هذه الدراسة تحليل العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي في مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٨ حتى عام ١٩٩٩ . وكان التساؤل الأساسي الذي حاولت هذه الدراسة الإجابة عليه يتعلق بالآثار الاقتصادية المترتبة على ارتفاع سعر الصرف الحقيقي (التخفيض الحقيقي للقيمة الخارجية للعملة) ، وبعبارة أخرى كان التساؤل الأساسي للدراسة هو هل ترتب على التخفيض الحقيقي للجنيه المصري آثاراً توسعية أم آثاراً انكماشية على الناتج المحلي الحقيقي في مصر ، هذا بالإضافة إلى الإجابة على بعض التساؤلات الأخرى المتعلقة بطبيعة العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي والناتج المحلي الحقيقي ، وأيضاً ما هو الوزن النسبي للتغيرات في سعر الصرف الحقيقي في تفسير التغيرات المستقبلية في الناتج الحقيقي .

وللإجابة على التساؤلات السابقة بدأت الدراسة أولاً في جانبها النظري بتحديد مفهوم سعر الصرف الحقيقي وكيفية قياسه ، حيث تم التوصل إلى صيغة تعتبر من أكثر الصيغ قبولاً بين الباحثين وذلك لقياس سعر الصرف الحقيقي في مصر ، وذلك باعتباره مؤشراً جيداً للقدرة التنافسية التي تتمتع بها الدولة في الأسواق العالمية ، كما تم توضيح طبيعة العلاقة بين التخفيض الاسمي Nominal Devaluation والتخفيض الحقيقي Real Devaluation ، حيث أوضحت الدراسة أن التخفيض الاسمي لا يترتب عليه بالضرورة تخفيض حقيقي ، بل قد يترتب عليه أحياناً ارتفاع حقيقي Real Appreciation ، ويتوقف الأمر بطبيعة الحال على مدى انحراف Misalignment سعر الصرف القائم عن سعر الصرف التوازني طويل الأجل

ثم تناولت الدراسة بعد ذلك مفهوم العلاقة السببية بين كل من سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي ، حيث تم تحليل الحالات التي تكون فيها علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي ، وتلك الحالات التي تكون فيها تلك العلاقة هي من الناتج الحقيقي إلى سعر الصرف الحقيقي . وبعد ذلك تم تناول أهم الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية ، حيث تم استعراض سريع لأهم المداخل النظرية التي تناولت سياسة التخفيض ومدى فاعليتها في إحداث الآثار المرغوبة منها . كما تم استعراض لأهم الدراسات التطبيقية التي حاولت قياس أثر التخفيض على الناتج المحلي الحقيقي ، حيث توصلت بعض الدراسات إلى أن للتخفيض آثاراً انكماشية على الناتج الحقيقي ، في حين توصلت بعض

الدراسات الأخرى إلى أن للتخفيض اثاراً إيجابية على الناتج الحقيقى كما تناولت بعض الدراسات التطبيقية الوزن النسبى للتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى فى مدى تأثيرها على التغيرات المستقبلية للناتج الحقيقى ، وقد توصلت معظم تلك الدراسات إلى أن سعر الصرف الحقيقى يعتبر أهم العوامل المفسرة للتغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى .

أما فى الجانب التطبيقى من الدراسة ، فقد تم فى البداية استعراض لتطور أسعار الصرف فى مصر ، وتحليل العلاقة بين سعر الصرف الاسمى وسعر الصرف الحقيقى ، واتضح من تلك العلاقة أن التخفيض الاسمى لم يترتب عليه بالضرورة تخفيض حقيقى فى كل الفترة الزمنية محل الدراسة ، بل أدى فى فترة ما بعد الإصلاح الاقتصادى إلى ارتفاع حقيقى Real Appreciation . ثم تناولت الدراسة اختبار علاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر خلال الفترة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) ، واتضح من نتائج الاختبار أن علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ، ولكن عندما تم تقسيم فترة الدراسة إلى فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادى (١٩٧٨ - ١٩٩٠) ، وفترة ما بعد الإصلاح الاقتصادى (١٩٩١ - ١٩٩٩) ، أوضحت نتائج الاختبار أن علاقة السببية فى خلال فترة ما قبل الإصلاح كانت من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ، بينما كانت علاقة السببية من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى فى خلال فترة ما بعد الإصلاح الاقتصادى . وطالما أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقي لا يمكن النظر إليها على أنها المسئول الوحيد عن التغيرات فى الناتج الحقيقى ، فقد تم اشتقاق نموذج للانحدار الذاتى ذات المتجه (VAR) وذلك بهدف التعرف على أهم المتغيرات المؤثرة فى الناتج الحقيقى فى مصر ، وبعد القيام بعملية انحدار للنموذج المركزى Core Model والنماذج البديلة ، تم القيام بعملية اختبار لتجزئة التباين (VD) بهدف التعرف على الأهمية النسبية لكل متغير من المتغيرات المكونة للنماذج المختلفة فى تفسير التغيرات المستقبلية للناتج المحلى الحقيقى ، وقد اتضح من نتائج الدراسة أن سعر الصرف الحقيقى يعتبر أهم العوامل التى فسرت التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى فى مصر خلال فترة الدراسة ، حيث أتى فى المرتبة الثانية بعد التغيرات المتعلقة بالناتج الحقيقى نفسه .

وقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية :

١ - لم يترتب على التخفيض الاسمى للقيمة الخارجية للعملة الوطنية تخفيض حقيقى لها خلال فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) وخاصة فى فترة البدء فى سياسات الإصلاح الاقتصادى حيث كان سعر الصرف الحقيقى مرتفعاً نسبياً ، وهذا يعنى أن الجنيه المصرى كان مقوماً بأكثر من قيمته Overvalued ، وهذا يعنى أن سعر الصرف الاسمى كان لا يزال منحرفاً Misalignment عن سعر الصرف التوازنى .

٢ - أوضحت نتائج الدراسة أن علاقة السببية كانت من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى خلال فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) ، ولكن حين تم تقسيم فترة الدراسة إلى فترتين ، وهما فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادى (١٩٧٨ - ١٩٩٠) وفترة البدء فى سياسات الإصلاح الاقتصادى (١٩٩١ - ١٩٩٩) ، فقد أوضحت النتائج أن علاقة السببية فى فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادى كانت من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ، بينما كانت تلك العلاقة السببية هى من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى فى فترة البدء فى سياسات الإصلاح الاقتصادى .

٣ - أوضحت نتائج الدراسة أن الآثار الانكماشية على الناتج المحلى الحقيقى فى مصر مرتبطة بارتفاع سعر الصرف الحقيقى Real Devaluation ، والعكس صحيح ، بمعنى أن الآثار الإيجابية على الناتج المحلى الحقيقى فى مصر مرتبطة بانخفاض سعر الصرف الحقيقى Real Appreciation ، أو بعبارة أخرى فإن التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى يؤدى لإحداث آثار انكماشية على الناتج المحلى الحقيقى ، وأن الارتفاع الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى يؤدى لإحداث آثار ايجابية على الناتج المحلى الحقيقى .

٤ - إذا كانت النتائج قد أوضحت أن التخفيض الحقيقى والآثار الانكماشية مرتبطة ببعضها البعض ، فلا نستطيع أن نجزم أن التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى سوف يترتب عليه آثاراً انكماشية على الناتج الحقيقى مستقبلياً ، ومن هنا لا نستطيع أن نوصى بأن تكون السياسة البديلة هى رفع القيمة الخارجية للجنيه المصرى بهدف إحداث آثار إيجابية على الناتج الحقيقى . فمن الواضح أن الفترة الزمنية التى واكبت عملية التخفيض كانت مرتبطة ببعض المشاكل التى كان يعانى منها الاقتصاد المصرى مثل زيادة عبء المديونية

الخارجية ، ارتفاع معدلات التضخم ، وتنامى العجز فى ميزان المدفوعات . ولاشك أن اتباع استراتيجية للتخفيض الحقيقى فى ظل ظروف مواتية مثل استقرار الأسواق المالية ، سهولة النفاذ إلى أسواق رأس المال الدولية ، تحسن الأداء الاقتصادى ، والتغلب على المشاكل الهيكلية التى يعانى منها الاقتصاد المصرى . مثل تلك الاستراتيجية قد يترتب عليها آثار توسعية على الاقتصاد المصرى . وبالإضافة إلى ذلك فإن عملية الإصلاح الاقتصادى التى بدأتها مصر منذ بداية التسعينات والتى تمثلت فى كل من الخصخصة ، تخفيض العجز المالى ، تحقيق الاستقرار فى الأسواق النقدية ، تخفيض العجز فى ميزان المدفوعات ، يمكن أن تزيد من استجابة الناتج المحلى الحقيقى لعملية التخفيض فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية حيث أن كافة تلك العوامل من المتوقع أن يكون لها تأثير إيجابى على مرونة الجهاز الإنتاجى .

٥ - أوضحت نتائج اختبار تجزئة التباين أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى تعتبر العامل الأساسى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى لمصر ويلى ذلك فى الأهمية كل من معدل التضخم وتدفق رأس المال للداخل ، كما أوضحت أيضاً نتائج اختبار تجزئة التباين أن التغيرات فى الناتج الحقيقى تعتبر من أهم العوامل المفسرة للتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى فى مصر .

٦ - على الرغم من أن تحديد سعر الصرف الحقيقى التوازنى هو موضوع خارج نطاق دراستنا الحالية ، حيث يتطلب ذلك الأمر تحديد العديد من المتغيرات التى يمكن أن تساهم فى تحديد سعر الصرف التوازنى مثل شروط التجارة ، مستوى التعريفة الجمركية ، السياسات المالية ، وأسعار الفائدة العالمية . حيث يتم تقدير مدى استجابة الاقتصاد القومى لتلك المتغيرات عند وضع التوازن العام . وعلى الرغم من الصعوبات التى يمكن أن تواجه تحديد مثل ذلك السعر التوازنى إلا أنه يمكن تحديد سياسة لسعر الصرف فى مصر تكون قريبة من سعر الصرف التوازنى ، وأن يواكب تلك السياسة حزمة من السياسات الكلية التى تهدف إلى تقليل العجز فى الموازنة العامة للدولة ، تخفيض العجز فى ميزان المدفوعات ، وتخفيض معدلات التضخم .

٧ – يجب على الحكومة المصرية أن تبدأ فى تنمية مصادر عرض العملة الأجنبية وخاصة الدولار ، وفى نفس الوقت العمل على ترشيد مصادر الطلب على العملة الأجنبية ، مع ترك سعر الصرف يتحدد وفقاً للطلب والعرض وعدم دعمه بالسحب من الاحتياطي الدولارى الموجود لدى البنك المركزى المصرى وذلك قبل الإقدام على إتباع أي سياسة لتخفيض القيمة الخارجية للجنيه المصرى أو اتخاذ قرار التحرير الكامل لسعر الجنيه المصرى .

قائمة المراجع

References

أولاً - المراجع الأجنبية :

1- Balassa, B., (1990), "Incentive Policies and Export Performance in Sub-Saharan Africa", *World Development*, Vol. 18, pp. 383-393.

2- Calvo, G., Vegh, C.A., (1993), "Exchange Rate Based Stabilization Under Imperfect Credibility", in: Frisch, H., Worgotter, A. (Eds.), *Open Economy Macroeconomics*, MacMillan, London, pp. 3-28.

3- Cattani, J., D. Cavallo, and M.S. Khan, (1990), "Real Exchange Rate Behavior and Economic Performance in LDCs", *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 39, pp. 61-76.

4- Domac, U. & Shabsigh, G., (1999), "Real Exchange Rate and Economic Growth: Evidence from Egypt, Jordan, Morocco, and Tunisia", *IMF Working Paper*, International Monetary Fund (IMF), Washington, D.C.

5- Edwards, S., (1985), "Exchange Rate Misalignment in Developing Countries: Analytical Issues and Empirical Evidence", *Working Paper*, World Bank, Country Policy Department, Washington, D.C.

6- Edwards, S., (1988), "Real and Monetary Determinants of Real Exchange Behavior: Theory and Evidence from Developing Countries", *Journal of Development Economics*, Vol. 29, pp. 311-341.

7- Edwards, S., (1988), "Exchange Rate Misalignment in Developing Countries", *Occasional Paper*, 2, The World Bank.

8- Engle, R.F., Granger, C.W.J., (1993), "Co-Integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing", *Econometrica*, March, pp. 251-276.

9- Gujarati, M., (1999), *Essentials of Econometrics*, New York: Irwin Mc Graw Companies, Inc.

10- Harvey, A.C., (1990), *The Econometric Analysis of Time Series*, New York: Philip Allan: 2nd Edition.

11- Helmers, F.L., (1988), *The Real Exchange Rate in the Open Economy* (ed.) by Durnbush, R., and Helmers, F.L., Washington. World Bank.

12- Hoffmaister, A.W., & Vegh, C., (1996), "Disinflation and the Recession - Now - Versus - Recession - Later Hypothesis: Evidence from Uruguay", *IMF Staff Paper*, 43, pp. 355-394.

13- Kamin, S.B., & Rogers, J.H., (2000), "Output and the Real Exchange Rate in Developing Countries. An Application to Mexico", *Journal of Development Economics*, 61, pp. 85-109.

14- Kamin, S.B., & Rogers, J.H., (1996). "Monetary Policy in the End-Game to Exchange Rate Based Stabilization: The Case of Mexico", *Journal of International Economics*, 41, pp. 285-308.

15- Kignel, M., Liviatan, N., (1992), "The Business Cycle Associated with Exchange Rate Based Stabilization", *World Bank Economic Review*, 6, pp. 279-305.

16- Lillien, D.M., (1990), *Micro TSP: User's Manual*, USA, Irvine, California.

17- Lizondo, J.S., & Montiel, P.J., (1989), "Contractionary Devaluation in Developing Countries"; *Staff Paper*, 36, IMF, pp. 182-227.

18- Mongardini, J., (1998), "Estimating Egypt's Equilibrium Exchange Rate", *IMF Working Paper*, IMF, Washington, D C

19- Morley, S.A., (1992), "On the Effect of Devaluation During Stabilization Programs in LDCs", ***Review of Economics and Statistics***, LXXIV, pp. 21-27.

20- Rebelo, S., (1994), "What Happens When Countries Peg their Exchange Rates? (The Real Side of Monetary Reforms)", ***Working Paper, IMF***.

21- Rogers, J.H., & Wang, P., (1995), "Output, Inflation, and Stabilization in a Small Open Economy: Evidence from Mexico", ***Journal of Development Economics***, 46, pp. 271-393.

22- Roldos, J.E., (1995), "Supply Side Effects of Disinflation Programs", ***IMF Staff Papers***, 42, pp. 158-183.

23- Roldos, J. E., (1995), "Supply-Side Effects of Disinflation Programs", ***IMF Staff Paper***, 42, pp. 158-183.

24- Santalella, J., & Vela, A.E., (1996), "The 1987 Mexican Disinflation Program: An Exchange Rate Based Stabilization", ***IMF Working Paper***, 24.

25- Sims, C., (1980), "Macroeconomic and Reality", ***Econometrica***, 48, pp. 1-40.

26- Willet, T., (1986), "Exchange Rate Volatility, International Trade and Resource Allocation", ***Journal of International Money and Finance*** (Supplement) 5 (March), pp. 101-112.

27- William, E.G., R. Carter, H., George, G.J., (1992), ***Learning and Practicing Econometrics***, New York: John Willey & Sons, Inc.

ثانياً – المراجع العربية :

١ – مجلس الشورى (١٩٨٦) ، سعر الصرف خلال الفترة من عام ١٩٤٧ وحتى الآن ، سلسلة تقارير مجلس الشورى ، تقرير ١٤ .

٢ – يسرى أحمد ، عبد الرحمن،(١٩٩٩) ، الاقتصاديات الدولية ، الإسكندرية : مطبعة سامي.

رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر

دراسة في القانونين الفرنسي والإماراتي

بحث مقدم للنشر في
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

من

الدكتور عدنان إبراهيم سرحان
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون-جامعة الشارقة

يونيو-حزيران
٢٠٠٣م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديـــم :

١ – عندما تقوم مسئولية الغير عن الضرر الذي ضمنه المؤمن، فإن ذلك يستدعي تنازع مبدأين أساسيين : فمن جانب أول، لا يمكن للمؤمن له (أو المضرور في التأمين من المسئولية)، الجمع بين مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين والتعويض المستحق على الغير المسئول عن الضرر.فما يدفعه المؤمن يتمتع بالصفة التعويضية، وهو بهذا الاعتبار يخضع لمبدأ التعويض الكامل للضرر[1]، الذي يعني بكل بساطة بأن التعويض يجب أن يغطي كامل الضرر الواقع فعلاً ولا شيء غير الضرر. فيجب ألاّ يسمح للمؤمن له، بعد حصوله على التعويض من المؤمن، أن يتخذ من وقوع الضرر مناسبة للإثراء بأن يرجع مرة أخرى على الغير المسئول عن الضرر ليطالبه بجبر ضرر سبق تعويضه.

٢ – ومن جانب ثان، يجب أن لا يكون نظام التأمين وسيلة يتمكن من خلالها المسئول عن الضرر من التملص من نتائج مسئوليته عن الفعل الضار. إذ مما يخالف النظام العام أن يتمتع المسئول عن الضرر بأية حصانة من الرجوع عليه بالتعويض لمجرد وجود نظام التأمين[2]. فتوفير مثل هذه الحصانة له أثر سلبي على دور المسئولية المدنية في تقويم السلوك وإشاعة روح التهاون وعدم الاحتياط في المجتمع.

٣ – ولمراعاة هذين المبدأين تم اقتراح حلين : – الأول يتمثل في إعطاء التأمين دوراً احتياطياً، مما يعني أن المؤمن له لا يستطيع مطالبة المؤمن بالضمان ما لم يرجع أولاً على المسئول عن الضرر ويفشل في الحصول على التعويض بسبب إعسار المسئول. والثاني يقوم على الاعتراف للمؤمن بالحق في الرجوع على المسئول عن الضرر بعد دفع التعويض للمؤمن له. ويبدو أن الحل الثاني هو الذي اختارته مختلف الأنظمة التشريعية في العالم.

إن دراسة حق المؤمن في الرجوع بما دفعه من تعويض، يقتضي منا أن نبحث أساس هذا الرجوع، نطاقه، شروطه ومداه، ونتناول كل ذلك بمباحث أربعة

---

(1) في تفصيل هذا الموضوع انظر، عدنان إبراهيم سرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون الصادرة عن كلية شرطة دبي، س ٦، ع ٤ يوليو ١٩٩٨، ص ١٣٤ وما بعدها.

(2) Claude – J. Berr et Hubert Groutel, Droit des assurance, Mémentos Dalloz, ge édition. 2001, P.109.

المبحث الأول

أساس الحق في الرجوع

٤ – كانت محكمة النقض الفرنسية قد قبلت رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر بموجب دعوى شخصية تستند إلى المادتين (١٣٨٢ – ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي المنظمتين للمسئولية التقصيرية. غير أن المحكمة عادت لترفض تكريس هذا المبدأ استناداً إلى أن المؤمن، وهو يدفع التعويض للمؤمن له، فإنه لا يتعرض لأي ضرر، فالمبلغ الذي يدفعه للمؤمن له إنما تتم تغطيته من متجمع دفعات وأقساط التأمين التي يقبضها من المؤمن لهم، وتنفيذاً لالتزاماته بموجب عقد التأمين الذي يربطه بالمؤمن له[1].

٥ – كما طرح كأساس ثان لحق المؤمن في الرجوع على الغير المسئول عن الضرر مبدأ الحلول القانوني الذي نصت عليه المادة (١٢٥١ – ٣) من القانون المدني الفرنسي. فهذا المادة تعطي لمن كان مسئولاً عن الدين مع المدين، كالمدين المتضامن، أو عن المدين كالكفيل، عند وفائه بالدين الحق في الحلول محل الدائن في الرجوع على المدين الموفى عنه. وكسابقه، فقد رفض القضاء الفرنسي[2] هذا الأساس وذلك لعدم توفر شروط انطباقه على رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر. فالمؤمن غير مسئول عن دين التعويض مع محدث الضرر، وهو وبشكل أكبر غير مسئول عن الدين عنه.

أما في القانون الإماراتي فإن هذا الأساس لا يمكن اعتماده لذات العلة التي أخذ بها القضاء الفرنسي أولاً، وأكثر من ذلك لأن قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم يأخذ أصلاً بمبدأ عام، يسمح لمن وفى بدين غيره بالرجوع على الموفى عنه بموجب قواعد الحلول.

٦ – على أن فكرة الحلول أصبحت أساساً لرجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر من خلال تبنيها بنصوص تشريعية خاصة بعقد التأمين في قوانين الكثير من الدول.

فالمادة (٣٦) من قانون ١٩٣٠/٧/١٣م والتي أصبحت المادة (L.121-12) من تقنين التأمين الفرنسي قد أخضعت صراحة رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر لقواعد الحلول، فقد جاء فيها أن : " **المؤمن الذي يدفع مبلغ التأمين يحل في حدود هذا المبلغ في حقوق ودعاوى المؤمن له ضد الغير الذي سبب بفعله الضرر الذي نجمت عنه**

[1] Cass. Req. 18 avr. 1932, DH. 1932, P. 282, Ph. LeTourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, éd. Dalloz, 2002-2003, n° 2753, p.694.
[2] Cass. Req. 22 déc. 1852, D. 1853, 1. P.93; Cass. Civ. 2 juill. 1878, DP. 1878. 1, P. 345.

مسئولية المؤمن ". وهي بذلك قد أضافت تطبيقاً جديداً من تطبيقات الحلول القانوني علاوة على ما كانت تشتمل عليه المادة (١٢٥١) من القانون المدني الفرنسي.

وقد تبنت المادة (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي هذا الأساس عندما نصت على أنه : " **يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن...** ".

٧ – وإذا تأكد لنا أن الأساس القانوني لرجوع المؤمن على الغير المتسبب في الضرر يقوم على مبدأ الحلول القانوني الذي كرسته نصوص خاصة في التنظيم القانوني لعقد التأمين، فهل يعني ذلك غلق الباب أمام أسس أخرى يمكن أن يلجأ إليها المؤمن لضمان حقه في الرجوع؟ تقليدياً، قرر القضاء الفرنسي أن نصوص القانون المدني الفرنسي المنظمة لرجوع المؤمن هي قواعد آمرة، وعليه فلا يحق للمؤمن الرجوع بأية وسيلة أخرى[1]. وكان قصد القضاء منع الرجوع بموجب قواعد حوالة الحق التي هي، مقارنة بقواعد الحلول القانوني، أقل حماية لمصلحة المؤمن له. فالمؤمن، وهو بموجب قواعد حوالة الحق، سيصبح الدائن في مواجهة الغير المسئول عن الضرر، من المحتمل أن يحصل من الأخير على أكثر مما دفعه للمؤمن له. لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية[2] بأن نص الفقرة الأولى من المادة (L.121-12) من تقنين التأمين " **تهدف إلى الوقاية من النتائج التعسفية للحوالة الاتفاقية للحقوق والتي تتعدى آثار الحلول ويمكن أن تضر بالدائن المحيل، وبأن القيود القانونية على ممارسة الحلول المستوحاة من حماية المؤمن له من النظام العام** ".

غير أن محكمة النقض قد عادت عن هذا الرأي عندما أعلنت حديثاً بأن تلك النصوص ليست آمرة. وكان غرضها من هذا الرأي الجديد تأكيد حق المؤمن في التأمين على الأشياء في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر بموجب قواعد الحلول الإتفاقي، التي ليس من شأنها الإضرار بالمؤمن له، لأنها تؤدي إلى نفس نتائج الحلول القانوني[3]. كما أنها يمكن أن تكون ذات فائدة واضحة للمؤمن، عندما يغلق أمامه باب الرجوع بموجب قواعد الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة (L.121-12) المشار إليها أعلاه[4]. على أن صيغة حكم محكمة النقض الفرنسية من العموم بمكان، بحيث يمكن أن تتجاوز حدود الحلول الإتفاقي لتشمل حوالة الحق، والتي كما أشرنا سابقاً، قد لا تلائم مصلحة المؤمن له، على

[1] Cass. Civ. 5 mars 1945. D., 1946, 1, note A. Besson, Gr. Arr. Dr. ass, p. 21.
[2] Cass. Civ. 1re, 9 déc 1997, cité par, Berr et Groutel, op. cit, p. 110.
[3] Berr et Groutel, Op. cit, p 110; Cass Civ. 1re, 19 déc. 1990, RGAT, 1990, p. 107, note.
[4] Catherine Caillé. Assurance de dommages, Encyclopédie Dalloz, Civil T2, p. 23.

عكس قواعد الحلول بشقيها القانوني والإتفاقي[1]. كما أن القضاء الفرنسي الحديث قد أعترف للمؤمن بالحق في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر بالاستناد مباشرة لنص المادة (3-1251) من قانونه المدني، مما يسمح له بالرجوع على الغير وتحميله العبء النهائي للدين وإن لم تثبت للمؤمن له دعوى المسئولية تجاه هذا الغير[2].

المبحث الثاني

نطاق الحق في الرجوع

للحق في الرجوع نطاق يتحدد موضوعياً بحسب محل التأمين، وشخصياً بحسب الأشخاص الذين يمكن الرجوع عليهم.

أولاً : - نطاق الحق في الرجوع من حيث الموضوع : -

٩ - يمتد الحق في الرجوع ليشمل التأمين من الأضرار، سواء ما تعلق منها بالتأمين على الأشياء، أو التأمين من المسئولية. ففي هذا النوع الأخير من التأمين يمكن أن لا يكون المؤمن له المسئول الوحيد عن الضرر، فقد يشترك معه في المسئولية شخص من الغير، وفي هذه الحالة إذا أُلزم المؤمن بدفع كامل التعويض بسبب الالتزام التضامني الذي يقع على عاتق المؤمن له، فله الحق في الرجوع على الغير الشريك في المسئولية[3].

١٠ - ولكن الحق في الرجوع لا يمتد ليشمل التأمين على الأشخاص، والعلة في ذلك أن مبلغ التأمين فيها يفتقد للصفة التعويضية، فهو مبلغ جزافي غير محدد بالنظر إلى حقيقة الضرر الذي تعرض له المؤمن له، بل أنه قد يدفع إلى المستفيد المحدد في العقد دون أن يكون قد أصابه ضرر يذكر. لذلك لا مانع من أن يجمع المؤمن له أو المستفيد مبلغ التأمين الذي يحصل عليه من المؤمن لقاء أقساط التأمين مع مبلغ التعويض الذي يرجع به على محدث الضرر. وليس في ذلك ما يخالف مبدأ التعويض الكامل للضرر، فهذا المبدأ يمنع أن يحصل المضرور على تعويض يزيد عن حقيقة الضرر الذي أصابه، ولا يمنع أن يحصل المضرور، وبمناسبة الضرر، على مبالغ أخرى مصدرها عقد التأمين الذي احتاط المؤمن أن يبرمه ضماناً له أو للمستفيدين[4].

---

(1) Berr et Groutel. Op. cit, p. 23.
(2) Caillé, op. cit.
(3) Berr et Groutel. op. cit, p. 110.

(4) عدنان سرحان، الضرر وتعويضه، مرجع سابق، ص ٢٠١.

ولتحقيق هذه النتيجة، منع المؤمن في تأمين الأشخاص من الرجوع على الغير المسئول عن الضرر. ففي التأمين على الحياة مثلاً نصت المادة (١٠٥٣) من قانون المعاملات المدنية على أنه : **" إذا دفع المؤمن في التأمين على الحياة مبلغ التأمين فليس له الحق في الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل المتسبب في الحادث المؤمن منه أو المسئول عنه ".**

١١ - على أنه ما دام أن الرجوع بموجب قواعد الحلول يعتمد على الصفة التعويضية للتأمين، فإنه في العقود التي تضمن تعويض الضرر الناجم عن الاعتداء على الأشخاص، من حق المؤمن الحلول في حقوق المتعاقد أو ورثته ضد الغير المسئول عن الضرر، وذلك لغرض استرداد ما دفعه المؤمن من مبالغ يقررها العقد وذات صفة تعويضية[1]. وكون هذه المبالغ محددة سلفاً وقبل وقوع الحادثة المؤمن منها لا يشكل عائقاً أمام أن يضفي أطراف العلاقة على هذه المبالغ، عند وجود الغير المسئول، صفة دفعات أولى من التعويض وإخضاعها لرجوع المؤمن بموجب قواعد الحلول[2]. ففي نظام التأمين المباشر الذي بدأ يأخذ مداه في سوق التأمين في وقتنا الحاضر، فإن مؤمن المضرور هو أحد المتدخلين الذين يتحملون عبء تبسيط عمليات التعويض. فهو يغطي المضرور بالكامل عندما لا تكون هناك إمكانية التحرك ضد الغير المسئول أو مؤمنه، وهو مدعو لتقديم دفعات أولية من التعويض إن كانت إمكانية الرجوع متوافرة. ففي هذا الفرض الأخير يلعب الرجوع بموجب نظام الحلول دوره الأوسع، فهو يشكل العلاقة أو الرابطة بين مؤمن المضرور ومؤمن المسئول عن الضرر[3].

ثانياً : - نطاق الحق في الرجوع من حيث الأشخاص : -

١٢ - بمعزل عن الشروط الواجب توفرها لممارسة الحق في الرجوع، فإن لهذا الحق نطاق محدود من حيث الأشخاص. فقد نصت المادة (L..121-12,a1.3) من قانون التأمين الفرنسي على أنه : **" ليس للمؤمن الحق في الرجوع على أبناء، فروع، أصول، من له رابطة قرابة مباشرة، تابعي، مستخدمي، عمال وخدم، وبشكل عام كل شخص يعيش عادة في مسكن المؤمن له... ".**

كما جاء في المادة (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه : **" يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر... ما لم يكن من أحدث الضرر...**

---

[1] أنظر المادة (L. 131-2, al. 2) من تقنين التأمين الفرنسي.

[2] Berr et Groutel, op. cit. p. 110, cass. Civ. 1[re], 15 déc. 1998.

[3] Le Tourneau et Cadiet. op. cit, N° 2753. p. 694.

من أصول وفروع المؤمن له أومن أزواجه أو من يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله... ".

١ – المستفيدون من الحصانة ضد الرجوع : –

١٣ – يستخلص مما تقدم أن هناك ثلاث فئات من الأشخاص المستثنين من الخضوع لرجوع المؤمن. الفئة الأولى هي فئة الأقارب (الفروع والأصول وغيرهم ممن لهم علاقة قرابة مباشرة بالمؤمن له)، والثانية هي فئة من يعتمدون اقتصادياً على المؤمن له (التابعون، المستخدمون، الخدم) وعموم من يسأل المؤمن له عن أفعالهم، أما الفئة الثالثة فهم من يشاطرون المؤمن له معيشة واحدة[1].

وقد جاء هذا الاستثناء في القانون الفرنسي تكريساً لما جرى عليه العمل قبل صدور قانون التأمين لعام ١٩٣٠م، فقد اعتاد المؤمنون التنازل بشرط في العقد عن حقهم في الرجوع على مثل هؤلاء الأشخاص.

والباعث على هذا الاستثناء يستند إلى افتراض أن المؤمن له، وبحكم علاقته بهؤلاء الأشخاص، من المحتمل أن لا يرجع عليهم بالتعويض عن الضرر الذي الحقوه به. وإذا كان المؤمن له قد تنازل عن دعواه ضد هؤلاء، فكيف يمكنه نقل هذه الدعوى وما يترتب عليها من حق الرجوع إلى المؤمن؟ كما أنه ومن الناحية العملية قد يفضل المؤمن له في الغالب التخلي عن مطالبة المؤمن بالضمان إذا كان يخشى ممارسة الأخير لدعوى الرجوع ضد أحد هؤلاء. ومن المهم الإشارة هنا إلى النصوص التي تقرر هذا الاستثناء هي نصوص آمرة لا تقبل أي اتفاق مخالف[2].

١٤ – وفي تحديد الأشخاص المستثنين من الحق في الرجوع لا بد من ملاحظة أن أشخاص الفئتين الأولى والثانية لا يمكن الرجوع عليهم سواء أكانوا يقيمون مع المؤمن له أو استقلوا في الإقامة بسكن منفصل. أما أشخاص الفئة الثالثة، فهم مستثنون، أياً كانت صفتهم، من الرجوع عليهم مادام أنهم يتقاسمون مع المؤمن له معيشة واحدة[3]، وقد توسعت محكمة النقض الفرنسية في معنى السكن الواحد أو المعيشة الواحدة ليشمل المدرسة الثانوية بالنسبة لطلبة القسم الداخلي فيها[4]. وقد انتقد جانب من الفقه[5] هذا الاتجاه على أساس أنه

(1) G. VINEY, La responsabilité : Effets, L.G.D.J, 1988, N° 432, p. 558.
(2) Viney, op. cit, p. 558; caillé, op. cit, N° 124, p. 25. Le Tourneau et Cadiet, op. cit; p. 695; cass. civ. 1er 6 juin 1990, RGAT, 1990, p.571, note. Margeat et Landel.
(3) Cass. Civ. 28 oct. 1947, D. 1948, p. 13, not P.L.P, J.C.P 1948. II, N° 4146. note A. Besson.
(4) Cass. Civ. 1er, 2 juill. 1991, Bull. Civ. I, N° 224; RGAT, 1991, p. 587, note R Maurice; H. Croutel, Menaces sur la subrogation de l'assureur, Res. civ. et ass 1991, Chron 27.
(5) Caillé, op. cit, p. 25.

Caille, op. cit, p. 25.

يطبق فكرة المعيشة الواحدة في العلاقة بين شخص طبيعي (الطالب الداخلي) وشخص معنوي (المؤسسة التعليمية)، وفي ذلك ما يتعارض مع الباعث الذي قام عليه هذا الاستثناء من حق الرجوع، ذلك أنه فقط عندما يكون المؤمن له شخصاً طبيعياً يكون من المتصور أن يتخلى عن حقه في الرجوع على من يعيشون معه تحت سقف واحد.

١٥ – كما يلاحظ أخيراً أن قائمة المستفيدين من الحصانة ضد الرجوع مغلقة. لذلك ذهب القضاء الفرنسي[1] إلى أن الاستفادة من الحصانة لا تمتد إلى مؤمن أي من الأشخاص المتمتعين بها. فلو كان المتسبب في الضرر مؤمناً من مسئوليته تجاه الغير، فإن مؤمن المضرور وبعد تعويضه، إن كان لا يستطيع الرجوع على المتسبب في الضرر لأنه من المستثنين من الحق في الرجوع فإنه يستطيع الرجوع بما دفع على مؤمن هذا الأخير. فالحصانة القانونية ذات طابع شخصي محض، وعليه لا يمكن أن يتمتع بها غير الأشخاص المشار إليهم فـــي النص[2].

٢ – حدود الحصانة من الرجوع : –

١٦ – بعد أن عددت النصوص المنظمة للحصانة من الرجوع الأشخاص المستفدين منها، عادت لتفتح الباب للمؤمن للرجوع على أي من هؤلاء إذا سبب ضرراً للمؤمن له مع توافر نية الإيذاء لديه (Malveillance) حسب تعبير القانون الفرنسي[3]، أو إذا كان قد تعمد إحداث الضرر بحسب تعبير القانون الإماراتي[4].

وقد فسر القضاء الفرنسي تعبير (Malveillance) على نحو دقيق، بأنه قصد إحداث الضرر، وهو ما يجعله متطابقاً مع الخطأ العمدي، ومن تطبيقات ذلك أمام القضاء الفرنسي الحريق الذي تعمدت البنت إشعاله في البناء المملوك لأمها.

١٧ – وبخصوص التأمين من المسئولية، إذا كان المؤمن له هو المسئول مدنياً عن مرتكب الفعل العمدي الذي سبب ضرراً للغير، طرح التساؤل هل أن العمد أو نية الإضرار يجب أن تكون موجهة للمؤمن له أم للمضرور؟

كانت محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت في حكم لها صدر في ٥/يناير/١٩٧٠[5] إلى أن أي تعمد لإحداث الضرر يمثل (Malveillance) في مفهوم المادة (L.121-12) من قانون التأمين الفرنسي، أياً كان الشخص المقصود بهذا التعمد. على أنها رجعت عن هذا

---

[1] Cass. civ. 1er, 8 déc. 1993, D. 1994, p. 235, note B. Beignier; RGAT, 1994. p. 120, note F.Vincent.
[2] Le Tourneau et Cadiet, op. cit, p. 695, cass. civ, 1er, 8 déc. 1993, D. 1994 p. 235, note B.Beigner.
[3] المادة (L. 121-12, a1.3) من تقنين التأمين الفرنسي.
[4] المادة (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

[5] RGAT, 1970, p 186.

RGAT, 1970, p. 186.

التعميم لتقرر في حكمها الصادر في ٦/مارس/١٩٨٥[1]، بأن هذا المفهوم يجب أن يقتصر على حالة نية الأضرار الموجهة للمؤمن له فقط. وفي هذا ما يؤدي غالباً إلى تعطيل حق المؤمن في الرجوع[2].

على أن هذا الوضع يؤدي أيضاً إلى نتيجة غير مقنعة، فهو يعني بقاء من أحدث الضرر بفعله العمدي بعيداً عن أي جزاء مدني، إذا ما اختار المضرور الرجوع على المسئول مدنياً عن محدث الضرر، وكان الأخير قد أمن من مسئوليته[3]. ولاشك أن هذه إحدى الثغرات التي تعيق تقويم السلوك الخاطئ.

* الحصانة الاتفاقية :

١٨ – ليس هناك ما يمنع من اتفاق المؤمن مع المؤمن له عند التعاقد وبشرط في وثيقة التأمين على تنازل الأول عن حقه في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر، وإن كانت مسئوليته تقصيرية. كما يمكن أن يتنازل المؤمن له عن حقه في الرجوع أيضاً. على أن هذا التنازل، سواء جاء من المؤمن أو المؤمن له، شخصي يقتصر أثره على العلاقة مع الغير محدث الضرر، وبالتالي لا يستفيد منه الغير ومنهم مؤمن محدث الضرر. وقد أيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية حاسمة بذلك خلافاً فقهياً بين مؤيد ومعارض، فقد ذهبت إلى أن : " **شرط التنازل عن الرجوع على الشخص المسئول عن الضرر والذي تضمنه عقد التأمين، لا يعني ما لم يوجد اتفاق مخالف، التنازل عن الرجوع على مؤمن هذا الشخص**[4] ".

وتجدر الإشارة إلى أن المؤمن له إذا تنازل عن حقه في الرجوع على المسئول عن الضرر ومؤمنه، دون الاتفاق على ذلك مع مؤمنه هو، فإنه يُضيع بذلك على الأخير الحق في الحلول، ويُحرم من الحق في الضمان، طبقاً للمادة (L.121-12,al.2) من تقنين التأمين.

---

[1] Cass. Civ. 1er, 6 mars 1985, D. 1986, p.29 note C. Berr et H. Groute;, J.C.P. 1985, II, 20502, note Y.R; Cass. Ass. Plén. 13 nov. 1987, Bull. Civ., 1987, N° 5, Gaz Pal. 1988, 1, 120, note H. Margeat et J. Landel.
[2] Berr et Groutel, Droit des assurance, op. cit, p. 111.
[3] Caillé, op. cit, p. 27.
[4] Cass. Civ. 1er, 30 mai 1995, RGAT, 1995, p. 590, note F. Vincent.

المبحث الثالث

شروط الحق في الرجوع

يشترط لرجوع المؤمن على الغير والذي نظمته المادتان (L.121-12) من تقنين التأمين الفرنسي و (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي شرطان وهما :

أولاً : دفع المؤمن لمبلغ الضمان : -

١٩ – حتى يستفيد المؤمن من الحق في الرجوع، يجب أن يكون أولاً قد دفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو للمستفيد. ويتفق هذا مع حرفية نص المادتين أعلاه، فالرجوع يخص " **المؤمن الذي دفع مبلغ التأمين** " يقرر النص الفرنسي، وهو " **يجوز للمؤمن...بما دفعه من ضمان عن الضرر** "، كما جاء في النص الإماراتي. كما أنه يتفق مع قواعد الحلول القانوني الذي يقوم عليه حق الرجوع، فدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو للمستفيد هو الذي يكف يده عن الغير محدث الضرر ويسحب حقوقه تجاهه ليحل المؤمن محله في هذه الحقوق[١].

٢٠ – والشرط المتعلق بالدفع هو شرط مزدوج : فهو يفترض أولاً التزام المؤمن بدفع الضمان وثانياً أنه قد دفعه فعلاً. لذلك لا يوجد الرجوع الاستبدالي إي بقواعد الحلول إذا كان المؤمن قد دفع ضماناً لا يلزم بدفعه أياً كان سبب ذلك[٢]. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد إلى أن المبادرة التجارية من المؤمن في دفع ما هو غير ملزم بدفعه تعد تضحية حقيقية منه[٣].

من جانب آخر فإن الرجوع الاستبدالي لا يوجد ما لم يكن المؤمن قد دفع الضمان. بناء عليه رفضت محكمة النقض الفرنسية من المؤمن، الذي طالبه المتضرر بالضمان، إمكانية أن يطالب بالضمان الشريك في إحداث الضرر ومؤمنه، لأن في ذلك ما يؤدي إلى حلول مبتسر[٤]. على أية حال لا يشترط أن يكون دفع الضمان قد تم للمؤمن له، بل أن ذمة المؤمن تبرأ لو تم الوفاء لوكيل المؤمن له أو الغير، كالمضرور أو الشخص الذي يتولى إصلاح الشيء الذي تعرض للضرر[٥]. ولكن يجب على المؤمن أن يثبت تمام الدفع، وغالباً ما يتم ذلك بواسطة مخالصة يحصل عليها من الموفى له.

---

(1) Berr et Groutel, op cit, p. 111; Caillé. Op. cit, p. 23, ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإماراتي، نقض مدني رقم ٢٤٦ لسنة ١٤ في جلسة ١٩٩٣/٢/١٦، المحكمة الاتحادية العليا، محمد محمود المحامي، قضاء النقض في دولة الإمارات العربية المتحدة خلال خمسة عشر عاما ١٩٨٠-١٩٩٥، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ط٢، ١٩٩٧، ص ٤٩٤.

(2) LeTourneau et Cadiet, op. cit, N° 2756, p.696.

(3) Cass. Civ. 1er, 23 mars 1999, RGDA, 1999, p. 618, note J.Kullmann.

(4) Caillé, op. cit, N° 136, p. 23.

(5) Cass. Civ. 1er, 6 Janv 1981, RGAT, 1981, P. 509, note A.Besson; 2 fév. 1994, p. 534, note, R. Maurice.

٢١ – ورغم صرامة هذا الشرط، فإن ذلك لم يمنع القضاء من محاولة تيسير دعوى المؤمن عند رجوعه على الغير المسئول عن الضرر. فاشتراط الدفع المسبق لممارسة دعوى الرجوع قد يكون مزعجاً للمؤمن وذلك عندما تخضع هذه الدعوى للتقادم بمدة قصيرة لا تفسح المجال أمام المؤمن لإتمام الدفع قبل الرجوع. وقد دفع ذلك محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه : " **تُعد مقبولة دعوى المؤمن التي يرفعها قبل انقضاء مدة التقادم العشري ضد المسئولين عن الأضرار التي يلتزم بضمانها، رغم أنه عند تقديم دعواه لم يتمتع بعد بصفة الحال (Subrogé) محل المؤمن له لأنه لم يدفع له الضمان بعد، مادام أنه قد دفع الضمان المستحق للأخير قبل أن يبت القاضي في الدعوى[1]** ". والنتيجة المترتبة على هذا القضاء أن المؤمن يستطيع ممارسة حقه في الرجوع رغم أن مدة تقادم دعوى الرجوع على المسئول عن الضرر قد انقضت[2].

ثانياً : وجود شخص من الغير مسئول عن الضرر : –

٢٢ – حق المؤمن في الرجوع يتوقف على وجود شخص من الغير، أي شخص لا يحمل صفة المؤمن له، يقف بفعله وراء الضرر. ولا يهم بعد ذلك أن يكون دين المؤمن تجاه المؤمن له أو المستفيد ودين الغير الذي يمارس ضده الرجوع من طبيعة واحدة أم مختلفة. فقد يكون أحدهما مسئولاً عقدياً والآخر مسئولاً تقصيرياً[3]، ويمكن أن يسأل أحدهما على أساس خطئه في حين يسأل الآخر بموجب نظام للمسئولية غير الخطئية[4]. كما قد تكون مسئولية أحدهما مدنية في حين يسأل الآخر بموجب مبادئ المسئولية الإدارية[5].

والغير يمكن أيضاً أن يكون في القانون الفرنسي ضامناً لمحدث الضرر أو واحداً ممن يسأل المؤمن له عنهم مدنياً[6]، بشرط أن لا يكون من المتمتعين بالحصانة من الرجوع، على التفصيل الذي سبق بحثه.

---

[1] Cass. Civ. 1er, 18 juin 1985, D. 1986, IR, p. 99, obs. Cl.J Berr et H. Groutel; Cass. Civ. 1er, 29 mars 2000, Rdimm. 2000, p. 364, obs. G. Lesguay, Cass. Civ 1er 9 oct. 2001, www.dalloz.fr<http://www.dalloz.fr> , rubrique actualité

[2] LeTourneau et Cadiet, op. cit, N° 2756, p. 696.

[3] Cass. Civ. 1er, 27 fév. 1990, RGAT, 1990, p. 334. note R Maurice; Cass. Civ. 1er, 2 juin 1987, RGAT, 1987, p. 408.

[4] Cass. Civ. 1er, 8 nov 1982, RGAT, 1984, p.31; cass civ. 1er, 25 nov. 1992. RGAT, 1993, p 102. note R Maurice.

[5] C.E., 22 nov 1985. RGAT, 1986, p. 374.

[6] Viney, op. cit. N° 431, p. 557

•حكم تخلف أحد الشرطين :

٢٣ – إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين، فإن المؤمن لن يستطيع الرجوع على الغير بموجب قواعد الحلول. على أن تخلف هذا الشرط إذا كان منسوباً للمؤمن له، فإنه يعفى المؤمن، كلياً أو جزئياً، من مسئوليته تجاهه[١].

ومن أمثلة ذلك تصالح المؤمن له مع الغير المسئول ومؤمنه[٢]، وفي هذا الفرض يستطيع المؤمن استرداد مبالغ الضمان التي دفعها من المؤمن له، وذلك بدعوى تجد أساسها في عقد التأمين، وبالتالي تتقادم بمرور سنتين في القانون الفرنسي وثلاث سنوات في القانون الإماراتي، ويبدأ سريانها من اليوم الذي يعلم فيه المؤمن بالواقعة التي جعلت الرجوع بموجب قواعد الحلول مستحيلاً[٣].

٢٤ – وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المؤمن، إذا لم يستطع الرجوع بموجب قواعد الحلول القانوني، فمن حقه إثبات وجود حلول اتفاقي[٤]. وهنا تلعب المخالصة التي يحصل عليها المؤمن من المؤمن له دوراً مزدوجاً، فهي من ناحية دليل لاثبات دفع الأول لمبلغ التأمين، وهو شرط للحلول القانوني، كما أنها تسمح من ناحية أخرى بالتراضي على الحلول الاتفاقي. غير أن هذا لا يكفي لممارسة المخالصة لهذا الدور الأخير، بل يجب أيضاً إثبات المعاصرة بين دفع مبلغ الضمان والاتفاق على الحلول[٥].

المبحث الرابع

مدى الحق في الرجوع

بموجب المادتين (L.121-12) من تقنين التأمين الفرنسي، و (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، يحل المؤمن محل المؤمن له في حقوقه وفي الدعاوى التي تكون له قبل المتسبب في الضرر.

---

[١] المادة (L.121-12 al.2) من تقنين التأمين الفرنسي.

[2] Cass Civ. 1[er]. 10 juill. 1995, RGDA, 1995, p. 903, note F. Vincent

[3] المادة (١/١٠٣٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

V. aussi, cass Civ. 1[er], 10 juill. 1995, Res. civ. et ass, 1995, comm., p 381; Le Tourneau et Cadiet, op. cit, N° 2757. p 697.

[4] Cass. Civ. 1[er], 9 déc. 1997, Res. civ. et ass; 1998, N° 107; v.aussi, H.Groutel, Subrogation legal et subrogation conventionnelle, Res. civ. et ass; 1998. chron. N° 5.

[5] Cass. Civ. 1[er]. 23 mars 1999, RGDA, 1999, p. 618, note J.Kullmann; Viney, op. cit, No 433, p. 559; Le Tourneau et Cadiet op. cit, p.697.

وهذا الحلول الذي يتم بقوة القانون يوجب على المؤمن ممارسة الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الضرر، بذات الأشكال ونفس المدد التي يخضع لها المؤمن له. والمؤمن بإمكانه أن يحصل من هذه الدعاوى على ذات الفوائد التي بإمكان المؤمن له أن ينتظرها منها، ولكنه لا يستطيع أن يلقي على عاتقه جزءاً من التعويض[1].

٢٦ – على أن هذا الحلول يقتصر على مدى التزامات المؤمن العقدية. فهو لا يستطيع أن يرجع على الغير المتسبب في الضرر إلا في حدود ما دفعه فعلاً من ضمان للمؤمن له، أو لهم إن تعددوا، فليس من حق المؤمن الرجوع على الغير بفوائد المبالغ التي دفعها، ولا نفقات إدارة ملف التأمين[2]. فخصوصية الحلول أنه مرتبط جداً بالدفع، فلا محل له ما لم يتم الدفع فعلاً، وفي حدود ما تم دفعه[3]. فإن كان مبلغ الضمان لا يغطي مدى الضرر الذي تعرض له المؤمن له، احتفظ الأخير بدعواه ضد الغير للمطالبة بالزيادة. ومثل هذا الأمر يقع كثيراً في العمل بسبب أنه في كثير من الأحيان يوجد سقف أعلى لمبلغ الضمان الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له. ويسمح هذا بتنافس المؤمن والمؤمن له في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر.

٢٧ – ومنذ حكم محكمة النقض الفرنسية في ٥/مارس/١٩٤٥[4]، فقد أجمع القضاء الفرنسي على إعطاء المؤمن له أولوية في الاستيفاء على المؤمن، على أن الغرفة الثانية للمحكمة قد ذهبت في حكم حديث إلى إعطاء الأولوية للمؤمن[5].

٢٨ – وتجدر الملاحظة بأن المؤمن لا يستطيع أن يطالب الغير بمبلغ يزيد عن حدود مسئوليته عن الضرر. وهذا القيد يسمح للغير بأن يدفع رجوع المؤمن بكل الاستثناءات التي يمكن أن يحتج بها تجاه المؤمن له. فهو يستطيع أن يدفع بتوزيع المسئولية بينه وبين المضرور نفسه بسبب خطأ هذا الأخير[6]، أو بالشروط المخففة للمسئولية في النطاق العقدي، أو بقوة القضية المقضية بموجب حكم قضائي سابق بين الغير والمؤمن له، أو التسوية أو الصلح الذي من نتيجته حرمان المؤمن له من أية مطالبة تجاه الغير ومؤمنه. متى ما تمت قبل الحلول. فالمخالصة التي يزود المؤمن له المؤمن بها عند دفع مبلغ الضمان، لن تسمح للأخير بالحلول في حقوق غير موجودة أصلاً.

---

[1] Le Tourneau et Cadiet, op cit, no 2758, p. 697; cass. civ. 1er, 12 juin 1990, RGAT, 1990, p. 640, note J. Kullmann.
[2] Cass. Civ. 1er, 9 juill. 1985, Bull. Civ. 1, no 213.
[3] Viney, Op. cit. no 436, p. 562.
[4] Cass. Civ., 5 mars 1945, RGAT, p. 21.
[5] Cass. Civ. 2e, 14 janv. 1999, cité par Berr et Groutel, op. cit, p. 112.
[6] Viney, op. cit, p 562; cass civ. 1er, 24 mars 1972, RGAT, 1972, p. 213, note A.Besson; caillé, op cit, p. 24.

على أية حال فإن دفع الغير المتسبب في الضرر للتعويض إلى المؤمن له مباشرة، لا يمكن الاحتجاج به تجاه المؤمن، ما لم يكن الغير حسن النية يجهل وجود التأمين أو يجهل دفع المؤمن لمبلغ الضمان للمؤمن له.

٢٩ - وفي الختام، فإن المؤمن إذا كان يحل محل المؤمن له في الدعاوى، فهو يحل في الدعوى التي للأخير قبل الغير الذي يتحمل العبء النهائي للدين. فهو لا يستطيع أن يمارس بدلاً عن المؤمن له دعوى أخرى يملكها قبل أشخاص آخرين، فلا يستطيع مثلاً ممارسة دعوى مطالبة الحائز حسن النية برد الشيء المسروق[1] المؤمن عليه.

---

[1] Cass Civ. 1er. 19 janv 1994, RGAT, 1994, p. 527, note L.Mayaux.

الخاتمة :

بعد أن وصلنا بهذا البحث إلى نهايته، يمكننا أن نبدي الملاحظات التالية : -

١ - أن الصفة التعويضية للتأمين تقف حائلاً أمام إثراء المؤمن له عن طريق الجمع بين مبلغ الضمان الذي يحصل عليه من المؤمن ومبلغ التعويض الذي يدفعه له محدث الضرر. فالمضرور لا يستطيع أن يحصل على سبيل التعويض أكثر مما يغطي كامل الضرر الذي أصابه.

٢ - من جانب آخر فإن منع الرجوع على محدث الضرر يُحصّن هذا الأخير من تحمل نتائج سلوكه الضار بالغير، فيخل ذلك بهدف أساسي للمسئولية عموماً ألا وهو تقويم سلوك مرتكب الفعل الضار وردع غيره عن إتيان مثل هذا السلوك الخاطئ.

٣ - وللتوفيق بين هذين المبدأين المتعارضين، كان الحل الذي تبنته مختلف الأنظمة التشريعية في العالم والذي يكمن في إعطاء المؤمن الحق في الرجوع على الغير المسئول عن الضرر بما دفعه للمؤمن له أو المضرور. وقد أقام القانون الفرنسي والإماراتي هذا الرجوع على فكرة الحلول القانوني.

٤ - كما قبل القانون الفرنسي أيضاً الرجوع بموجب قواعد الحلول الإتفاقي بشروطه المنصوص عليها بقاعدة عامة في هذا القانون. وهذا أمر لا يمكن الأخذ به في القانون الإماراتي لعدم تنظيمه لقواعد الحلول الإتفاقي أو حتى ما يقرب منه، أي حوالة الحق.

٥ - على أن للرجوع بموجب قواعد الحلول نطاقاً محدوداً : فمن حيث الموضوع يخص الرجوع التأمين من الأضرار، سواء ما تعلق منها بتأمين الأشياء أو التأمين من المسئولية، ولا يشمل التأمين على الأشخاص وذلك لافتقاد مبلغ التأمين فيه للصفة التعويضية، مما يسمح بالجمع بينه وبين التعويض المستحق في ذمة محدث الضرر دون أن يتعارض ذلك مع مبدأ التعويض الكامل للضرر. ومن حيث الأشخاص، فقد وفر القانون حصانة لبعض الأشخاص من رجوع المؤمن، وهم من يرتبطون بالمؤمن له برابطة القرابة المباشرة كأصوله وفروعه، ومن يعتمدون عليه اقتصادياً، كالتابعين والخدم، ومن يتقاسمون معه معيشة مشتركة، وعلة ذلك قرينة عدم ممارسة المؤمن له نفسه الرجوع على أي من هؤلاء، فكيف بالمؤمن الذي يحل محله في حقوقه.

٦ – ويقتضي الحق في الرجوع أن يكون المؤمن قد دفع مبلغ التأمين فعلاً للمؤمن له أو المضرور فالحلول على علاقة وثيقة جداً بسبق الدفع فلا حلول ما لم يكن المؤمن قد وفى بالتزامه تجاه المؤمن له فعلاً. كما يقتضي الرجوع أيضاً وجود شخص من الغير مسئول عن الضرر وغير داخل في فئة المستثنين من رجوع المؤمن.

٧ – وعلى أية حال، فالمؤمن لا يستطيع أن يرجع على الغير المسئول عن الضرر، إلا في حدود ما دفعه للمؤمن له أو المضرور، وفي حدود مسئولية الغير أيضاً، فعند توزيع المسئولية بين الأخير والمضرور مثلاً، فلا يمكن الرجوع على الغير إلا في حدود الجزء الذي يتحمله من المسئولية.

نظـــام الجـــات
لمكافحـة الاغراق غير المشروع
بالســـلع الأجنبية

أ.د. مصطفى سلامه
عميد كلية حقوق الاسكندرية

نظام الجات لمكافحة الاغراق
غير المشروع بالسلع الأجنبية

============

يعد الخامس عشر من ابريل نيسان عــام ١٩٩٤ مــن اهــم ايــام النصف الاخير من القرن العشرين ففى ذلك اليوم تم التوقيع علــى اتفاقيــة مراكش لانشاء منظمة التجارة العالمية وملاحقتها المتعددة ان هذه الاتفاقيــة بملاحقها المختلفة ، التى تم انجازها بعد مفاوضات طويلة وعســيرة (دورة أورجواى) جاءت لتؤسس تنظيما دوليا وشاملا للتجارة الدولية .

فمن ناحية تضم المنظمة فى عضويتها اكثر من مائة وثلاثين دولة ، ومن ناحية اخرى تغطى ملاحق اتفاقية مراكش مجمل التجارة الدولية من سلع وخدمات وحقوق ملكية فكرية . ولم يقتصر الامر على شمول كل هــذه القطاعات بالتنظيم ؛ بل تعداه إلى وضع قواعد لفض المنازعات التى تنشــب بشأن تطبيق الاتفاقات الدولية المبرمة فى هذا النطاق . ان كل ما تقدم ليــس الا مرحلة هامة ومتطورة فى مسيرة اتفاق الجات لعام ١٩٤٧ .

وتتمحور نصوص اتفاقية مراكش وملاحقها او مــا يطلــق عليــه اتفاقات التجارة الجديدة حول هدف مشترك يتمثل فى ضرورة تحقيق حريــة التجارة الدولية . وهكذا ، فإن ديباجة اتفاقية مراكش قد بينــت انــه يلتـزم اقرار مبدأ المعاملة بالمثل بما يشمله من منح مزايا متبادلة لتحقيق خفــض كبير للتعريفات وغيرها من الحواجز التجارية والقضــاء علــى المعاملــة التمييزية فى العلاقات الدولية التجارية . وهكذا ، فإن ، الاتفاقــات العامــة لكل من التجارة فى السلع ، والخدمات وحقوق الملكية الفكرية قد أوجبــت

القضاء على أية معاملة تمييزية تتعلق بالتجارة الدولية من خلال سريان شرطي الدولة الأكثر رعاية ، وشرط المعاملة الوطنية . إن مؤدى شرط الدولة الأكثر رعاية انه في حالة إبرام الطرف الآخر في معاهدة معينة لمعاهدة أخرى لاحقة مع دولة ثالثة تتضمن معاملة أفضل من المعاملة المتفق عليها في المعاهدة الأولى ، فإن اطرافها يستفيدون من المعاملة الأفضل التي تم تقريرها للغير لاحقا . إن هذه الشروط مقترنة بشرط وجوب تطبيق المعاملة الوطنية لمواطن الدول الأخرى يؤكد بما لا يدع أي مجال للشك أن الهدف من انشاء منظمة التجارة العالمية العمل على تحقيق حرية التجارة الدولية بالقضاء على صور المعاملة التمييزية فيما يتعلق بانسياب التجارة الدولية .

وأخيراً ، فإن كل اتفاقيات التجارة سواء في مجال السلع ، أو الخدمات ، أو الملكية الفكرية يجمع فيما بينهما اتجاه عام ومشترك يتمثل في السعي نحو ازالة القيود والعوائق والحواجز التي من شأنها أن تمنع تدفع حركة التجارة عبر الدول . لا يقتصر الامر على مجرد حظر فرض القيود وما في حكمها ، بل هناك اتجاه عام نحو تقييد أي استثناء يتم اقراره في هذا الشأن سواء بالنسبة لنطاقه ، أو لمدة سريان ، أو بالنسبة للمستفيد منه ، حيث تقف اجهزة المنظمة لتمارس الرقابة الفعالة على أي اعفاء يقيد من حركة التجارة الدولية .

أن تحرير التجارة الدولية أمر مطلوب ، حتى تتخصص كل دولة في النشاط الأكثر تهيئا له ، الامر الذي يقتضي انهاء كل حاجز أو عائق للتبادل . ومثل هذا ، لا يمكن أن يتحقق إلا بالتنازلات المتبادلة التي تستند إلى ما تتمتع به كل دولة من مزايا نسبية في سلعة أو خدمة أو مادة أو حق معين .

لذلك استهدف الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات)

G.A.T.T حظر كل أوجه السلوك غير المشروع التى تهدف إلى المساس أو الالتفاف على قواعد حرية التجارة الدولية بتغيير الوضع المعتاد ، أو الحقيقى لسلعة من السلع ، ومحاولة القفز على التنافس الذى يقوم بين المنتجين من خلال المزايا النسبية التى يتمتع بها كل منتج مرفوضة . إن التحايل أو استخدام وسائل غير مشروعة للالتفاف على قواعد حرية التجارة الدولية ، بتغيير الوضع المعتاد أو الحقيقى لسلعة من السلع امر غير مقبول ، وغير مشروع .

ترتيبا علي ما تقدم تم حظر ممارسة الاغراق غير المشروع للسلع الأجنبية فى أسواق الدول المستوردة . ويقصد بالاغراق الوضع أو الحالة التى يكون فيها سعر السلعة المصدرة يقل عن قيمتها المعتادة عند تصديرها إلى دولة أخرى ، أو حيث تقل عن تكاليف انتاجها . فالاغراق يفترض قيام دولة بتصدير سلعة معينة وفقا لسعر يقل عن قيمته المعتادة أو يقل عن السعر المقابل لناتج مماثل يباع فى دولة التصدير . ولدى نشوء أو وجود الاغراق ، فإن للدولة المستوردة أن تواجه عملية الاغراق عن طريق فرض رسم معين لمكافحته أى لامتصاص آثاره . إن ممارسة الاغراق تجئ لتحقيق غرض من اغراض متعددة أهمها : المحافظة على اسواق قائمة لسلعة أجنبية ، أو لتحقيق مركز احتكارى لهذه السلعة إثر اخراج المنافسين من السوق محل الاغراق ، أو للتخلص من فائض مخزون سلعة معينة أو لزيادة انتاج سلعة معينة بغية تخفيض تكاليف انتاجها . أو اخيرا لسعى من اجل فتح اسواق جديدة لمنتجات الدولة مصدر الاغراق .

إن تنظيم سياسية الاغراق تثير مسألة التوفيق بين حماية الدولة محل الاغراق الدولة المستوردة ، وعدم اساءة أو تكرار استخدام مثل هذه الدولة لرسوم مكافحة الاغراق ، بحيث تتحول إلى حماية مقنعة أو مبالغ فيها أو شاملة ، تصبح بمقتضاها قواعد التجارة الدولية بما تهدف إليه من

حرية غير قابلة للسريان أو للتحقق . لذا ، جاء التنظيم الدولى لمسألة الاغراق ومكافحته من خلال اقرار اتفاق بشأن تطبيق المادة السادسة من الجات ، والواردة فى اطار الملحق رقم واحد (أ) من اتفاقية مراكش ، والذى يتضمن نصوص الاتفاقيات متعددة الاطراف المتعلقة بتجارة السلع.

ويقتضى بيان معالم نظام الجات بشأن مكافحة الاغراق غير المشروع للسلع الاجنبية التعرض على التوالى للمسائل التالية : خصائص هذا النظام ، وعناصر الاغراق ، ونتائج ثبوته ، والضمانات العامة لاحترام القواعد الدولية فى هذا الشأن .

أولا – خصائص نظام الجات بشأن الاغراق

تتعدد خصائص نظام الجات بشأن الاغراق على النحو التالى :

١- التحديد الدقيق للمسائل والعناصر محل التنظيم :

مقارنة بجات ١٩٤٧ ، فإن جات ١٩٩٤ يتميز بالتحديد الدقيق لمسائل وعناصر هامة لاعمال ، ومن ثم نجاح النظام المقرر فى هذا المجال . وهكذا تم التحديد الدقيق لكل من كيفية تقدير أسعار السلع المصدرة ، والمحلية ، وعناصر تقدير الاضرار التى تلحق بالدولة المستوردة . أن اهمية ذلك التحديد تتضح من خلال ادراك حقيقة أن هناك نظما متعددة لم تفلح فى تحقيق أهدافها ، واثبتت عدم فعاليتها نتيجة عدم تحديد عناصرها كنظام الدفاع الشرعى المنصوص عليه فى ميثاق الأمم المتحدة . فالتحديد الدقيق لعناصر أى نظام كفيل بتحقيق الفاعلية اللازمة لاعماله دون تقاعس أو تجاوز يؤثر على الغرض من انشائه .

٢- المجال التقديرى المتسع بالنسبة للدولة محل الاغراق :

فنظرا إلى أن دولة الاستيراد "محل الاغراق" هى الاقدر فى مجال

ادراك مدى وجود الاغراق ، وآثاره ، وخطورة الادعـــاء غـير الحقيقـــي بوجوده ، ومع ما يترتب على ذلك من آثار ، فلقد منحها نظام الجات سلطة تقديرية بصدد مسائل متعددة أهمها : مدى ملاءمة اجراء تحقيــق بوجــود الاغراق ، واختيار تدابير الرد من رسوم مؤقتــة أو تعــهدات ســعرية أو رسوم المكافحة ومدى استمراريتها .. الخ .

٣- تعدد أطراف المشاركة فى أعمال النظام :

فلا يقتصر تحريك النظام على دولة الاستيراد ، بل هناك شــركاء لها فى هذا الشأن : المصدرون - المنتجون - المحليون - المســتهلكون . إن لكل طرف مصلحة فى بيان مدى تأثره بالادعاء بوجود الاغراق . لـذا ، فإنه من الضرورى مشاركتهم فى اعمال وسريان قواعد نظام الجات .

٤- منح عناية خاصة للدول النامية :

برغم أنه بمقارنة جـــات ١٩٩٤ بجـات ١٩٤٧ ، فــإن المعــالم التمييزية الممنوحة للدولة النامية تكاد تكون هامشية . وبرغم ذلــك ، فــإن نظام الجات بشأن الاغراق قد نص فى المادة ١٥ على ضرورة أن تولـــى الدولة المتقدمة اهتماما خاصا لوضع الدول الناميــة عنــد بحثــها لطلــب اجراءات مكافحة الأغراق بمقتضى هذا الاتفاق . فيجــرى بحــث وســائل العلاج البناءة التى ينص عليها هذا الاتفاق قبل تطبيــق رســوم مكافحــة الاغراق حيثما كان من الممكن أن تؤثر على المصالح الاساســية للبلــدان النامية الاعضاء . إلا انه يلاحظ أن هذه العناية لا تخرج عن كونها الــتزام ببذلك عناية . فيكفى مجرد الاعراب عن وجود الاهتمام ، دون أن يــترجم ذلك بأعمال ونتائج محددة .

٥- وجوب تطابق القوانين الداخلية للدول مع نظام الجات :

وهذا التزام عام وأساس يتفرع عن المادة ١٦ من اتفاقية مراكــش حيث تنص على أن "يعمل كل عضــو علــى مطابقــة قوانينــه ولوائحــه

واجراءاته الادارية مع التزاماته المنصوص عليها فى الاتفاقات الملحقـة" ومن هذه الاتفاقية اتفاقية التجارة فى السلع وما ورد فى إطارها بشأن اتفـاق مكافحة الاغراق . لذا ، فان عدم التطابق بيـن تشـريعات ونظـم الـدول اعضاء المنظمة وما ورد بنظام الجات يعد مخالفة لالتزامات دولية يرتـب المسؤولية الدولية عليها ، ومن ثم يتضح المجال لاعمال ما تم النص عليـه فى هذا الشأن . ويلاحظ أن الامر يتطلب اتخاذ تدابير ايجابيـة بالغـاء أو تعديل التشريعات والنظم القائمة المتعارضة مع ما ورد فى نظام الجات مـن قواعد .

ثانيا – عناصر الاغراق

يقتضى اعمال النظام الذى أتت به اتفاقيـة الجـات توافـر فعـل الاغراق الغير مشروع ، المقترن بحدوث ضرر ، والذى لابد فيه أن يكـون ذا علاقة وثيقة وحتمية بالفعل المذكور .

١– الفعل غير مشروع "واقعة الاغراق" :

لابد من وجود اغراق ، لكى يتسنى اتخاذ تدابير لمكافحته . علـى انه لا يكفى وجود الاغراق فى حد ذاته بل لابد أن يتصف بعدم المشروعية والتى يمكن التحقق من وجودها لدى توافر مجموعة من الأسس التى تؤكـد عدم المشروعية .

أ) فعل الاغراق :

ويتحقق إذا كان منتج ما قد تم ادخاله أى تصديره فى دولة ما بـأقل من قيمته العادية ، إذا كان سعر تصدير المنتج المصدر مـن دولـة إلـى أخرى أقل من السعر المماثل ، فى مجرى التجارة العادية ، للمنتج المشـابه حيث يوجه للاستهلاك فى دولة للتصدير . فالتصدير يتم بسعر أقـل مـن

قيمته الحقيقية أو المعتادة حيث تعد واقعة كونه أقل من السعر المقابل لناتج مماثل يباع فى دولة التصدير كافية لتحقق الاغراق . فالمعول عليه المقارنة بين الاسعار عدم ترجمة سعر التصدير للسعر الحقيقى ، والذى يستدل عليه من خلال ذلك الذى يتم البيع به فى دولة التصدير .

وقد أحسن واضعو اتفاق الجات صنعا ، بأن وضعوا تحديدا احتياطيا لدى عدم وجود مبيعات لمنتج مشابه فى السوق المحلى للدولة المصدرة ، بأن يتم تحديد هامش الاغراق بالمقارنة بسعر مقابل لمنتج مشابه عند تصديره لدولة ثالثة ، بشرط أن يكون هذا السعر معبرا عن الواقع .

ب- فعل غير مشروع :

ليس كل اغراق على النحو السالف الذكر يعد اغراقا غير مشروع يسمح للدولة المستوردة للسلعة المصدرة اليها والمشمولة بالاغراق اتخاذ تدابير مقاومته ، بل لابد أن يتصف بعدم المشروعية من خلال وجود اغراق مؤثر متضمن لعناصر متعددة . وهكذا ، يعد اغراقا مشروعا لا يتيح اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها فى اتفاق الجات ذلك الذى يتضمن هامش اغراق يقل عن نسبة "٢" فى المائة من سعر التصدير . ويعتبر حجم واردات الاغراق قليل الشأن إذا كان حجم الواردات المغرقة من دولة معينة يقل عن "٣" فى المائة من واردات الدولة المستوردة من المنتج المماثل ما لم تكن عدة دول يمثل كل منها اقل من "٣" فى المائة من واردات العضو المستورد تمثل معا أكثر من "٧" فى المائة من واردات الدولة المستوردة .

ج - أسس الحكم بعدم المشروعية :

وهى متعددة أهمها :

١- التقدير الحقيقى لحساب التكاليف للسلعة المغرقة . ويعتد فى هذا الصدد

بالسجلات التى يحتفظ بها المصدر ، بشـــرط تطابقـــها مـــع مبـــادئ المحاسبة المقبولة عموما فى الدولة المصدرة . ولابد أن يعكـــس هـــذا التقدير بشكل معقول التكاليف المرتبطة بانتاج وبيع المنتج محل النظر.

٢- الاعتداد بوقت معين كأساس للمقارنة بيـــن ســـعر التصديـــر والقيمـــة الطبيعية له . فتتم المقارنة فى مرحلة أو مستوى ما قبل المصنع عـــادة وبالنسبة لمبيعات تمت فى نفس الفترة بقدر الامكان .

٣- تحديد القواعد الخاصة بسعر الصرف . فسعر الصرف لدى التحويـــل هو ذلك الذى يتم وقت البيع ، على أن يستخدم سعر الصـــرف الآجـــل حين يرتبط بيع عملة أجنبية فى سوق الأجل ارتباطـــا مباشـــراً ببيـــع الصادرات . على أن سلطات دولة الاستيراد ، تسمح للمصدرين لـــدى قيامها بالتحقيق بستين يوما للمصدريـــن لتعديـــل اســـعار تصديرهـــم لمواءمة التحركات المستمرة فى أسعار الصرف أثناء فترة التحقيق .

٤- الاعتداد بوجود دولة وسيطة فى عملية التصدير ، ومدى تـــأثر ســـعر السلعة المغرقة فى هذه الحالة .

٢- حدوث الضرر : نطاق المتسع :

لا يكفى وجود واقعة الاغراق غير المشروع إذ لابد أن تفض إلـــى حدوث ضرر . ولم يترك واضعو اتفاقية جات ١٩٩٤ تقدير مدى حـــدوث الضرر لعناصر غير محددة ، بل أوردوا عنصريـــن هـــامين يتـــم لـــدى توافرهما ثبوت الضرر . ويلاحـــظ بـــادئ ذى بـــدء أن مقتضـــى توافـــر العنصرين معا اتساع نطاق الاعتداد بوجود الضرر على النحو التالى :

العنصر الاول - زيادة حجم الواردات :

ويتم التحقق منها فى ضوء كل من حجمـــها المطلـــق أو بالنســـبة للانتاج أو للاستهلاك فى الدولة المستوردة . ويراعى بالنسبة لتحديد الســـعر

وجود تخفيض كبير فى سعر الواردات المغرقة بالمقارنـــة بســعر المنتـــج المماثل فى الدولة المستوردة أو ما إذا كان من شأن هذه الواردات أن تؤدى بأى شكل اخر إلى تقليص الاسعار إلى حد كبـــير أو منــع الاســعار مـــن زيادات كانت ستحدث لولاها .

العنصر الأخر – الأثر اللاحق للواردات على المنتجين المحليين :

وهذا العنصر هو الأكثر أهمية ، الذى يحد من نطاق الضرر الـذى يعتد به بشأن الاغراق . وهكذا ، فإنه يتم الاعتداد بــالضرر النــاتج عــن الواردات المغرقة للصناعة المحلية من خلال تقييم كل العوامل والمؤشـرات الاقتصادية ذات الصلة التى تؤثر على حالة الصناعة ، بما فيها الانخفــاض الفعلى والمحتمل فى المبيعات أو الارباح أو الناتج أو النصيب من الســـوق أو الانتاجية أو عائد الاستثمار أو الاستغلال الامثل للطاقة والعوامل التـــى تؤثر على الاسعار المحلية ، وحجم هامش الاغراق والآثار السلبية الفعليــة أو المحتملة على التدفق النقدى والمخزون والعمالة والاجور والنمو والقـدرة على تجميع رؤوس الاموال أو الاستثمارات . ويظهر مدى اتســاع نطــاق الضرر المترتب على الاغراق ليس فقط فيما سبق بيانه ، ولكن من خـــلال الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى : انه وفقا لما جاء باتفاق الجات ، فـــان القائمـــة السابق بيانها ليس جامعة ، أى انها جاءت على سبيل التمثيل وليست علـــى سبيل الحصر . إذا يمكن اضافة عناصر أخرى لها .

الملاحظة الثانية : أنه لدى تجديد المقصود بالصناعة المحلية ، فإن هذا التعبير يشير إلى المنتجين المحليين للمنتجات المماثلة فى مجموعــهم أو الذين يشكل مجموع ناتجهم من المنتجات سلعة كبيرة فى اجمـــالى الانتـــاج المحلى من هذه المنتجات .

الملاحظة الثالثة والأخيرة والأهم : بشأن الصناعة المحليـــة فـــى

التكامل الاقليمى كمناطق التجارة الحـــرة والاتحـــاد الجمركـــى كالاتحـــاد الاوروبى ، فإنه لدى وجود سوق واحدة موحدة تعتبر الصناعة فـــى كـل منطقة التكامل هى الصناعة المحلية . أى أن أى ضـــرر يلحـــق بصناعــة لدولة واحدة عضو يعد اغراقا يعتد به فى جميع ارجـــاء الـــدول اعضـــاء التكامل الاقليمي .

٣- توافر علاقة السببية بين الاغراق والضرر :

وهذا هو العنصر المحرك لتدابير مواجهة الاغراق ، فلابـــد مـــن وجود رابطة فعلية ومنطقية بين القيام بالاغراق ، وحدوث الضـــــرر فقـد يحدث الاغراق ، والضرر معا ولكن دون ارتباط بينهما . وهكـــذا ، فـــان اغراقا قد يتم بمعدلات مرتفعة دون أن يؤدى ذلك حتما إلى حدوث ضـــرر بالدولة المستوردة ، التى قد يصيبها ضرر نتيجة لعوامل اخرى اجنبية ليـس من بينها الاغراق ، فالمعول عليه أن يكون الضرر نتيجة الاغـــراق أى أن فعل الاغراق هو السبب المباشر فى حدوث الضرر . ولذلك حدد واضعـــو الاتفاقية عدة أسس لاثبات توافر علاقة السببية السالف بيانها .

أ- لابد من وجود وقائع ثابتة لدى الدولة المستوردة . فلا يكفـــى ولا تقبـل المزاعم أو التكهنات البعيدة . لذا ، فإن المعمول عليه الضرر المتوقـــع الوشيك الوقوع .

ب- وجوب ربط الوقائع الثابتة التى تتضمن وجـــود الضـــرر الفعلـــى أو وشيك الوقوع فى ضوء عناصر الضرر السابق بيانها كاحتمال حـدوث زيادة كبيرة فى الاستيراد أو وجود كميات كبيرة متوافرة من الســـلعة المغرقة ، وكذلك الأمر بالنسبة لتـــأثير الاســـعار والمخـــزون بفعــل الاغراق .

ج- شروع الدولة المستوردة فى اجراء التحقيق الفورى المستند إلى ادلـــة

حقيقية ، وهكذا فانه بناء على طلب من الصناعة المحلية تقوم سلطات الاستيراد باجراء تحقيق . وعلى طالب التحقيق أن يبين في طلبه شخصيته ووصف ولحجم وقيمة انتاجه ، وللمنتج المدعى اغراقه ، والسعر الذى يباع به ، وتطور حجم الواردات المغرقة واثرها على الصناعة المحلية .. الخ .

د – ابلاغ ما تم من اجراءات لاصحاب المصلحة بشأن التحقيق الذى تجريه سلطات دولة الاستيراد ومضمون الادلة بما تحتويه من معلومات ، مع تمكين كل طرف للدفاع عن مصالحه . ويراعى فى هذا الشأن مقتضيات السرية المتعارف عليها .

هـ– رغبة من واضعى اتفاقية الجات فى تحقيق العدالة لأطراف الاغراق المدعى بحدوثه ، تم تحديد اصحاب المصلحة على النحو التالى : أى مصدر أو منتج اجنبى أو مستورد لمنتج يخضع للتحقيق أو اتحاد تجارى أو اتحاد اعمال تكون اغلبية اعضائه من منتجى هذا المنتج أو مصدريه أو مستورديه . ويضاف اليهم حكومة العضو المصدر ، ومن يتمتع بصفة منتج لسلعة مماثلة فى العضو المستورد أو نقابة أو اتحاد اعمال تكون اغلبية اعضائه منتجى المنتج المماثل فى اراضى الدولة المستوردة . هذا إلى جانب اتاحة الفرصة للمستعملين الصناعيين للمنتج موضع التحقيق ، ولممثلى منظمات المستهلكين لتقديم المعلومات ذات الصلة بشأن الاغراق والضرر علاقة السببية .

ثالثا – نتائج ثبوت الاغراق

بتوافر عناصر الاغراق غير المشروع ، ومن اجل مواجهة هذا الوضع ، يتم ترتيب مجموعة من النتائج . وغنى عن البيان ، أن محور هذه النتائج يدور حول قيام دولة الاستيراد للسلعة المغرقة باتخاذ تدابير معينة لامتصاص ، وتعويض الآثار المترتبة على الاغراق . على أن الامر لا يقتصر على هذا التحرك ، إذ بجانبه يمكن للمصدرين المبادرة باتخاذ تدابير معينة رغبة منهم فى عدم فرض تدابير فى مواجهتهم . ويحسن أن نبدأ بعرض هذا التحرك الأخير ، ومن ثم يتم التعرف على تحرك الدول المستوردة للسلع المغرقة .

١- تحرك المصدرين – التعهدات السعرية

وهى تصدر من جانب المصدرين للسلعة المغرقة من أجل وقف الاجراءات أو انهائها بعدم فرض اجراءات مؤقتة أو رسوم مكافحة الاغراق من جانب الدولة المستوردة لهذه السلعة . فالهدف واضح منع اتخاذ تدابير ضد المصدرين وما يتضمنه ذلك من آثار سلبية على تجارتهم مع الدول المستوردة ، وذلك لدى وجود تحديد اولى ايجابى بوجود الاغراق وضرره . وتتضمن التعهدات السعرية التى يقدمها المصدرون الاتجاه نحو مراجعة الاسعار أو وقف الصادرات إلى المنطقة المعنية بأسعار اغراق بحيث يتم ازالة هامش الاغراق المسجل .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن التعهدات السعرية ليست الزامية سواء بالنسبة لمن تصدر عهم أو من توجه اليهم . فلا المصدرون ملزمون بتقديمها ، ولا الدول المستوردة ملزمة هى الاخرى بقبولها . فلها أن ترفعها إذا تبينت أن قبولها غير عملى ، بل أن لها الاستمرار فى اجراء التحقيق الذى بمقتضاه تم التحقيق من وجود الاغراق .

٢- تحرك دولة الاستيراد - نوعا الاجراءات

بحكم أن دولة استيراد السلعة المغرقة تعد فى وضع دفاعى يحتم عليها ضرورة التحرك لامتصاص الاغراق والاضرار الناشئة عنه ، فان اتفاقية الجات منحتها اتخاذ نوعين من الاجراءات ، وفقا لما نراه فى هذا الشأن .

أ - الاجراءات المؤقتة :

وهى تتخذ شكل رسم مؤقت . ويفضل أن يتخذ ذلك ضمان مؤقت بوديعة نقدية أو سند يعادل مقدار رسم مكافحة الاغراق المقدر مؤقتا ، ولا يزيد عن هامش الاغراق المقدر مؤقتا . ويشترط لفرض هذه الاجراءات بدء التحقيق من جانب دولة الاستيراد ، والمعزز به الانتهاء إلى تحديد ايجابى لوجود الاغراق وما ترتب عليه من ضرر بصناعة محلية ، وتقدير ضرورة اتخاذ هذه الاجراءات منعا لحدوث ضرر اثناء التحقيق .

أن هذه الاجراءات بطبيعتها مؤقتة . فيقتصر سريانها على اقصر فترة ممكنة حيث لا تتجاوز اربعة اشهر أو لفترة لا تتجاوز ستة اشهر . ويجوز أن تصل هذه الفترة إلى ستة اشهر وتسعة اشهر على التوالى إذا كان هناك رسم ادنى من هامش الاغراق يكفى لازالة الضرر .

ب- رسوم مكافحة الاغراق :

وهى التدابير الأكثر فاعلية ، والأطول مدى فى مواجهة الاغراق غير المشروع بالسلع الاجنبية . وصاحب الاختصاص فى تحديد مقدار هذه الرسوم سلطات الدولة المستوردة للسلعة المغرقة . وبرغم ما تتمتع به من سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، فان اتفاقية الجات قد أوجبت على هذه السلطات مراعاة القيدين التاليين :

القيد الاول : ضرورة أن يكون الغرض من فرض الرسوم سريانه فى اراضى كل الدولة ، يقترن ذلك بان يكون الرسوم اقل من هامش

الاغراق إذا كان هذا الرسم الاقل كافيا لازالة الضرر اللاحق بالصناعة المحلية .

أما القيد الآخر : فيتمثل فى أن يكون الرسم المفروض من جانب الدولة المستوردة بالمقآدير المناسبة فى كل حالة ، وعلى أساس غير تمييزى .

أن القيدين السابقين يشيران إلى أن الهدف النهائى لرسوم مكافحة الاغراق اعادة الوضع إلى ما كان ينبغى أن يكون عليه ، وهو الوضع العادى الذى لا يقبل فيه اصطناع سعر لا يعبر عن الحقيقة . فرسوم مكافحة الاغراق على هذا النحو تتميز بخصائص متعددة .

فمن ناحية هى عامة تطبق فى كل انحاء دولة الاستيراد . ومن ناحية اخرى ليست تحكمية ، حيث تكون بالقدر الذى يزيل الضرر . فلا يتجاوز مقدار رسم مكافحة الاغراق هامش الاغراق . وأخيرا ، يستبعد أى تمييز تجاه المنتج المغرق من كل المصادر التى يتضح انها تقوم بالاغراق وتسبب الضرر . وقد تكلفت المادتان التاسعة والعاشرة من الاتفاق المتعلق بشأن تطبيق المادة السادسة من جات ١٩٩٤ ببيان الاحكام التفصيلية التى يجب مراعاتها فى هذا الشأن . على أن أهم ما يجب الاشارة إليه فى هذا الشأن سريان الأثر الرجعى ، ووجوب دفع رسوم مكافحة الأغراق بأسرع ما يمكن .

رابعا – ضمانات احترام قواعد الجات

لا أهمية لاى نظام يتم اقراره أو الاتفاق عليه أن لم يقترن ذلك بوضع ضمانات تكفل احترامه ، ومن ثم استمراره وتحقيقه لاهدافه . ولم تغب هذه الحقيقة عن واضعى قواعد الجات المتعلقة بالاغراق . لذا ، فانه من مجمل النصوص الواردة فى هذا الشأن ، يمكن أن نستخلص وجود

طائفتين من الضمانات احداهما موضوعية والاخرى اجرائية .

١- الضمانات الموضوعية :

وهي تتضمن مجموعة من التوجهات التي تلتزم بها الدول بشأن مواجهة سياسة الاغراق غير المشروع بالسلع الاجنبية أهمها :

أ- سريان قواعد الجات على جميع الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية :

وهكذا ، فلقد تم استبعاد إبداء أى تحفظ بالنسبة لأى حكم من احكام اتفاق الجات بشأن الاغراق دون موافقة الاعضاء الآخرين . إن أهمية استبعاد التحفظات في هذا النطاق ، رفض تعدد المعاملة بالنسبة للدول ، مما يؤدى إلى انتقاص وتقييد المدى الالزامى للمعاهدة . فالتحفظ كما هو معروف لا يخرج عن كونه ارتباط الدول المحتفظة ببعض نصوص الاتفاق. وهذا ، يؤدى حتماً إلى الحد من تطبيق القواعد المتفق عليها في هذا الشأن .

إن وحدة المعاملة فيما بين الدول تجئ كدليل اضافى على أن عالمية قواعد الجات خصيصة مشتركة تربط بين نصوصه المختلفة والمتعددة ولتؤكد احترام مبدأ حرية التجارة الدولية السابق بيانه . فالتمييز محظور في هذا النطاق .

ب- الالتزام بمبدأ التناسب بين الاغراق ورسم مكافحته :

فالرسم لا يفرض لمجرد الفرض ، ولكى يكون غطاء لحماية جديدة تعرقل من انسياب حركة التجارة الدولية . فسواء بالنسبة لميعاد فرضه ، أو لمقداره ، فان الموجه للدولة المستوردة ازالة الضرر الناشئ عن الاغراق فقط . لذا تم النص فى المادة ١/١١ من الاتفاق المعنى على أن رسم مكافحة الاغراق يظل ساريا بالمقدار والمدى اللازمين لمواجهة

الاغراق الذى يسبب الضرر . ونحو المزيد من ضبط وتقييد افراط أو استمرار الدول فى فرض رسوم مكافحة الاغراق يظل ساريا بالمقدار والمدى اللازمين لمواجهة الاغراق الذى يسبب الضرر . ونحو المزيد من ضبط وتقييد افراط أو استمرار الدول فى فرض رسوم مكافحة الاغراق ، نصت الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أن ينتهى أى رسم نهائى لمكافحة الاغراق في موعد لا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ فرضه ، ما لم يكن هناك ما يؤكد أن انقضاء الرسم سيؤدى إلى استمرار أو تكرار الاغراق والضرر .

جـ- وجوب مراجعة مدى ملاءمة استمرار فرض الرسوم :

فمدة الخمس سنوات السابق بيانها ليست برخصة مطلقة لدولة الاستيراد . فيجب على سلطات مثل هذه الدولة أن تراجع مسألة ضرورة استمرار فرض الرسوم سواء بمبادرة منها أو بناء على طلب طرف ذات مصلحة يقدم معلومات ايجابية تعزز ضرورة المراجعة . فإذا ثبت انه لم يعد هناك داع لاستمرار فرض رسم مكافحة الاغراق ، تم العمل على انهائه فورا . وغنى عن البيان أن تقدير هذا الامر يرجع إلى سلطات دولة الاستيراد .

د - وجوب تطابق قوانين ونظم الدول الاعضاء لقواعد الجات:

إن أية قواعد دولية تفرض على المخاطبين بأحكامها انماطاً مختلفة من السلوك . وتتحمل كل دولة المسؤولية الدولية لدى اخلالها بالالتزامات المترتبة عليها بناءً على ارتباطها بالقواعد الدولية . ولم يكتف واضعو اتفاقية الجات بهذا المبدأ ، بل أجبوا ، رغبة منهم في تحقيق السريان المباشر لقواعد بهذا المبدأ ، بل أوجبوا ، رغبة منهم فى تحقيق السريان المباشر لقواعد الاغراق داخل كل دولة ، بأن تتخذ كل دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية الخطوات الضرورية (أى الداخلية) لضمان مطابقة

قوانينها ولوائحها واجراءاتها الادارية مع أحكام اتفاق الجات .

وتم تحديد ميعاد بدء سريان اتفاق منظمة التجارة العالمية كأجل يجب عدم تجاوزه فى هذا الشأن . لذا ، فالدول مطالبة اما بسن قوانين لمكافحة الاغراق أن لم تكن قد قامت بذلك ، أو بتعديل قوانينها السارية فى هذا الشأن .

٢- الضمانات الاجرائية :

وهى مجموعة من الوسائل تكفل الزام الاطراف المعنية فى سياسة الاغراق ومكافحته الهدف والمبادئ التى من أجلها تم وضع القواعد المحددة من قبل الجات . التى يمكن أن تتحدد فى نوعين ، ضمانات متعلقة باتفاق الاغراق ، واخرى تندرج فى اطار تفاهم فض المنازعات الملحق باتفاقية مراكش لانشاء منظمة التجارة العالمية .

أ- الضمانات الواردة فى اتفاق الاغراق :

وهى بدورها متعددة وأهمها :

١- وجوب اخطار سلطات دولة الاستيراد للعضو أو الاعضاء الذين تخضع منتجاتهم للتحقيق والاطراف ذات المصلحة بمضمون الاسباب التى تبرر بدء التحقيق بشأن مكافحة الاغراق . وقد حددت المادة ١٢/١/١ من اتفاق الاغراق المعلومات التى يحتويها الاخطار المذكور. وغنى عن البيان أن الاخطار يعد من وسائل الرقابة على مدى احترام الدول لالتزاماتها الدولية .

٢- من اجل اثبات جدية الادعاء بوجود اغراق غير مشروع ، يمكن لسلطات دولة الاستيراد أن تجرى التحقيقات اللازمة فى أرض الاعضاء الآخرين بشرط الحصول على موافقة السلطات المعنية واخطار ممثلى حكومة العضو المعنى ، ما لم يكن هذا العضو يعترض

على التحقيق . إن التحقيق فى الموقع يعد من أكثر وسائل الرقابة فعالية لاثبات حقيقة أى وقائع يدعى بها . غير أنه بالنظر لارتباطه بسيادة كل دولة ، لابد من موافقة الدول المعنية على اجرائه .

٣- إنشاء لجنة متخصصة من كل الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية تجتمع دوريا مرتين كل عام أو عندما يطلب أحد الاعضاء . إن هذه اللجنة ذات اختصاص عام بكل المسائل المتعلقة بالاغراق ، حيث تضطلع بالمسؤوليات المسندة اليها بمقتضى اتفاق الجات أو ما يسند اليها الاعضاء . وتملك لجنة مكافحة الاغراق اختصاص فتح الباب امام اجراء المشاورات حول هذا الاتفاق ، وما يتفرع عنه من مسائل ، وانشاء اجهزة فرعية ، وطلب جمع المعلومات . وعلى الاعضاء اخطار اللجنة بما يدخل فى نطاق اختصاصها من خلال تقارير نصف سنوية تقدم اليها .

ب- الضمانات الواردة فى تفاهم حل المنازعات :

وهى متعددة ، ولا تقتصر فقط على الاغراق ، إذ أن تفاهم فض المنازعات الواردة فى الملحق رقم (٢) لاتفاقية مراكش قد نص على الوسائل التالية : -

١- المشاورات بين الاطراف ، ولدى عدم التوصل إلى حل يمكن طلب اللجوء إلى وسائل أخرى .

٢- تكوين فريق خبراء لبحث المسألة محل النزاع ، حيث يقوم بتقدير الوقائع ومدى صحتها وتقييمها موضوعيا غير متميز .

٣- وإذا كان اتفاق الاغراق قد أشار صراحة إلى المادة ١/١٧ إلى انطبلق تفاهم تسوية المنازعات على المشاورات وتسوية المنازعات على مسألة الاغراق ، فانه ترتيبا على ذلك يمكن اضافة إلى المشاورات وتكوين فرق الخبراء ، الالتجاء إلى الوسائل السلمية لفض المنازعات

من مساع حميدة وتوفيق وساطة ، اضافة إلى امكانيــة اســتئناف مــا ينتهى إليه فرق الخبراء وكذلك تحريك اجراء التحكيم .

وغير خاف ، أن كل هذه الوسائل ، ذات طابع ارتضائى أى لابــد أن تستند فى تحريكها على موافقة جميع اطراف النزاع .

إلا انه تتبقى حقيقة هامة فى هذا الشأن وهى أن هنــاك جــزاءات يمكن أن تطبق فى هذا الشأن . فاتفاق التفاهم المنشئ لآلية فض المنازعــات الدولية التجارية قد اعتمد التعويض وتعليــق التنــازلات أو غيرهــا مــن الالتزامات كجزاءات . والملاحظ فى هذا الشأن امكانيــة اتســاع نطــاق الجزاءات بشأن تعليق التنازلات المتبادلة بين الدول اعضاء منظمة التــارة العالمية . فهى لا تقتصر فقط على القطاع أو القطاعات التى حــدث فيــها الانتهاك ، أو حتى بالنسبة للقطاعات الأخرى فى ذات الاتفاق ، بل قد تمتــد إلى تعليق الالتزامات فى اتفاق آخر . ومن أجل احكام الالتجاء إلى توقيــع هذه الجزاءات ، فان منح اختصاص السماح بتعليق التنازلات تــم اســناده لجهاز تسوية المنازعات .

أن ذلك يعد اتجاها يحتوى على نقلة نوعية بمنح هذا الجهاز ســلطة ادارة العلاقات الدولية التجارية وانتقالها من مرحلة العلاقات فيما بين الدول إلى مرحلة العلاقات عبر الدول من خلال اطار تنظيمى فعال قــادر علــى تقدير مدى احقية وملاءمة تعليق التنازلات المتفق عليها سابقا .

وهكذا ، فإن الاغراق ومكافحته يمثل احد التحديــات علــى مــدى فاعلية منظمة التجارة العالمية فى تحقيق اهدافها .

المراجع

=====

١- انظر : الدكتور مصطفى سلامة : قواعد الجات ، المؤسسة الجامعية للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع بيروت ١٩٩٨ صـ١١ وما بعدها .

٢- الجات اختصار للاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة
General Agreement on Tariffs and Trade (G.A.T.T.)

٣- انظر : الدكتور مصطفى سلامة : الحد من تطبيق القانون الدولي العام : التحلل المشروع من الالتزامات الدولية ، دار النهضة العربية : القاهرة ١٩٩٢ ، صـ١٣ وما بعدها .

٤- انظر رسالتنا لنيل دكتوراه الدولة : الرقابة الدولية على سياسات الدول النامية ، باريس ١٩٨١ .

٥- فى مصر يمارس مجلس الدولة الرقابة على القرارات المتعلقة بالاغراق وفقا للقانون رقم ١٦١ لعام ١٩٩٨ بشأن حماية الاقتصاد القومى من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة فى التجارة الدولية . وهذه الرقابة تجئ لتنفيذ ما جاء بالمادة ١٣ من اتفاق مكافحة الاغراق.

٦- لابد من ملاحظة أن القانون السابق الاشارة اليه لم يأت باحكام جديدة أو موضوعية وانما اقتصر على الاحالة على قواعد الجات المنظمة لمكافحة الاغراق له .

٧- انظر حول الاغراق فى ظل جات ١٩٤٧ .
Carreau (D.) Flory (T.), Juillard (P.) Droit international Economique, L.G.D.J. 3 edtition, Paris, 1990, P. 67-68.

حقـــوق الإنســـــان
بين
التهـديد والتسـيـيـس

أ.د. مصطفى سلامه

عميد كلية حقوق الاسكندرية

حقوق الانسان بين التهديد والتسييس

============

تمهيد – مظاهر الاهتمام الدولى بحقوق الانسان :

غدت حقوق الانسان من اكثر المجالات التى تستقطب الاهتمام فى النطاقين الدولى والوطنى على السواء . وهكذا فبعد ان كان التركيز ينصب باكمله حول الدول وسلطاتها المختلفة ما لها من حقوق ، وما عليها من التزامات ، اصبح الانسان فى ذاته محلا للاهتمام بصدد الحقوق التى يجب ان يتمتع بها كحق الحياة ، وحق العمل ، وحق التعليم ، وحرية الفكر والعقيدة ، وتكوين الجماعات والنقابات ، والحق فى منع التعذيب ، والحق فى المشاركة فى الحياة الثقافية .. .. الخ. ان هذا الاهتمام امتد ليشمل النظام القانونى الدولى والوطنى معا ، حيث يتم البحث فى مدى اقرار كل دولة واحترامها لحقوق الانسان .

ويظهر الاهتمام الدولى المعاصر بحقوق الانسان من نواح متعددة :

– فمن ناحية الحقوق فهى متعددة : حقوق سياسية ومدنية كالحق فى الحياة وفى الحرية ، وفى الالتجاء للقضاء ، وبالتمتع بجنسية ، وتقلد الوظائف العامة ، والاشتراك فى انتخابات نزيهة ودورية . الى جانب هذا النوع من الحقوق ، هناك حقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كالحق فى العمل ، والحق فى الحصول على اجر عادل ، وانشاء النقابات ، والحق فى التعليم ، والحق فى الرعاية الاجتماعية والصحية . بالاضافة الى ما تقدم من حقوق ، ثمة حقوق جديدة اطلق عليها حقوق الشعوب او

الجيل الثالث من حقوق الانسان كالحق فى التنمية ، والحق فى السلام ، والحق فى بيئة صحية ومتوازنة .

– اما من ناحية مجال حقوق الانسان ، فانها اصبحت تشمل مختلف بقاع المعمورة فتعدد الاتفاقات الدولية العالمية منها ، والاقليمية التى تقر بمنح الانسان حقوقا متعددة ايا كان لونه او جنسيته او نوعه او دياناته .. الخ . ويتصدر العهد الدولى لحقوق الانسان السياسية والمدنية ، والعهد الدولى لحقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ الاتفاقيات الدولية فى هذا الشأن . وفى النطاق الاقليمى تجئ الاتفاقية الرائدة المتمثلة فى الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان والحريات الاساسية لعام ١٩٥١ ، والتى اعقبتها الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان لعام ١٩٧٨ ، والميثاق الافريقى لحقوق الانسان والشعوب لعام ١٩٨١ .

– وبشأن الطبيعة القانونية لحقوق الانسان ، فانه بعد ان كان يتم النص عليها فى اطار قرارات صادرة من منظمات دولية ليس لها الا قيمة ادبية او سياسية باعتبارها مجرد توصيات غير ملزمة ، تحولت من خلال الاتفاقات الدولية السابق بيانها الى قواعد ملزمة (١) . بل ان بعضها اصبح يكتسب صفة آمرة لا يجوز مخالفتها . (٢)

– واخيرا ، فان الحماية الدولية المتزايدة لحقوق الانسان تبرز قمة الاهتمام الدولى بها سواء بمنح الافراد حق تقديم الشكاوى والعرائض لدى حدوث انتهاك لهذه الحقوق (٣) ، او بربط السياسة الخارجية لبعض الدول بمدى احترام الدول الاخرى لحقوق الانسان (٤) ، او تزايد تدخل المنظمات الدولية فى شئون كانت تعتبر داخلية للدول من اجل حماية هذه الحقوق (٥) .

وبرغم تعدد مظاهر الاهتمام الدولى السابق بيانه لحقوق الانسان ، فاننا نلمس بروز ظاهرتين خطيرتين تحيطان وتحاصران هذه الحقوق :

الظاهرة الاولى وتتمثل فى وجود مجموعة من المخاطر تهدد حقوق الانسان وتؤثر فى كل من مضمونها وحمايتها ، بينما تجئ الظاهرة الاخرى لتقحم اعتبارات خارجية او اجنبية تكاد تعصف بالغاية من وجود ، واحترام هذه الحقوق ، وتنحرف لدى التعامل معها عن كل قيمة او هدف يفترض اقترانه بحقوق الانسان وذلك من خلال تدخل ظاهرة تسييس هذه الحقوق . وهكذا ، فان حقوق الانسان تواجه فى آن واحد ظاهرتى التهديد والتسييس .

ظاهرة التهديد

=======

بالنظر للطبيعة القانونية الملزمة للاتفاقيات الدولية التى تقرر حقوق الانسان تتعدد النصوص التى توجب على الدول ضرورة احترام هذه الحقوق .

الشائع ان يأتى التهديد لحقوق الانسان من جانب الدول . غير ان السنوات القليلة الماضية اظهرت ان كلا من جماعات معينة ، وان اثرا من آثار التقدم العلمى التكنولوجى وقرارات مجلس الامن والتعاون غير الفعال مع المنظمات الدولية اصبحت معا تهدد هذه الحقوق على النحو التالى :

اولا – التهديد الصادر من الدول التعسف فى تقييد حقوق الانسان :

لدى نشوء ظروف استثنائية تهدد دول من الدول ، لا يمكن وصف سلوكها المتمثل فى تقييد بل منع ممارسة بعض حقوق الانسان بعدم المشروعية . فسلوك الدول فى هذه الحالة مشروع ، لاستناده الى نصوص قانونية تبيح للدول التحلل من التزاماتها الدولية فى مجال حقوق

الانسان .

وتأتى الظروف الاستثنائية كنموذج واضح على امكانية تهديد حقوق الانسان . فللدول ان تتحلل بصفة مشروعة اثناء استمرار هذه الحالة من احترام بعض حقوق الانسان . غير ان المشكلة التى تتعلق بالظروف الاستثنائية هى التحقق من مدى توافر شروط وجودها . ان الاعتراف بهذه الحالة كسبب يدعو للتحلل من حقوق معينة للانسان يرجع الى حقيقة انه لا يتم وضع النصوص القانونية للتعلق بأهداب قيم معينة ، التمسك بأهداب محددة ، ولكن من اجل تطبيقها فى ظروف مناسبة ، وعادية. فاذا لم تتوافر هذه الظروف لم تعد هذه الحقوق غير قابلة للاحترام ، بحيث ان كيان الدولة كله يصبح مهددا . (٦)

ووفقا للمادة ٣/٤ من العهد الدولى لحقوق الانسان المدنية والسياسية ، فانه يعتد بحالة الظروف الاستثنائية كمبرر للتحلل المشروع من احترام بعض هذه الحقوق بتوافر الشروط التالية :

١- وجود خطر حال او وشيك الوقوع .

٢- وان يفض هذا الخطر الى تهديد حياة الامة فى مجموعها .

٣- وان تكون التدابير العادية غير كافية لمواجهة هذا التهديد .

ومن ثم يتم التحلل من الالتزامات الدولية فى هذا الشأن باتخاذ الاجراءات المناسبة ، ذات الطبيعة الاستثنائية اى عدم احترام بعض حقوق الانسان . وذلك فقط لمدة استمرار هذا الخطر فى اطار احترام مجموعة الضمانات الشكلية والموضوعية والتنظيمية .

ان تهديد حقوق الانسان يتحقق فى الظروف الاستثنائية من خلال حقيقة عدم احكام وضبط كل ما يرتبط بشروط وجود الظروف الاستثنائية والاعتداد بها ، مما يؤثر على هذه الحقوق ، ويجعل التهديد ظاهرة تلحق بها ، وذلك بالنسبة للمسائل التالية :

١ – نطاق الظروف الاستثنائية :

لا شك فى شمول الظروف الاستثنائية للكوارث الطبيعية من زلازل ، واعاصير وفيضانات ، والحروب الدولية ، والمنازعات المسلحة غير الدولية من فتن وحروب اهلية ، واعمال عنف مسلحة . وتسرى الظروف الاستثنائية ، ومن ثم التحلل من الالتزامات الدولية ، ولو كان الوضع الاستثنائى لا يشمل كل انحاء الدولة المعنية طالما ان التهديد من جراء ذلك يشمل الدولى فى مجموعها . ان كل الحالات السابقة لا تثير خلافات حول الاعتداد بها للادعاء بوجود ظروف استثنائية . لكن اتجاها اخذ فى التصاعد من جانب عدة دول – وهذا مكمن التهديد لحقوق الانسان – يرى ان الظروف الاستثنائية لا بد ان تشمل ايضا كل وضع خطر يسبب مصاعب جسيمة للدول . اى ان ما يهدد الدول يجب الا يقتصر على حالات الكوارث الطبيعية والحروب والفتن والمنازعات المسلحة الداخلية .

فالاوضاع الاستثنائية الاقتصادية تندرج فى نطاق الظروف الاستثنائية . فرخاء الافراد لا بد من مراعاته فى هذا النطاق . ويلاحظ ترتيبا على ما تقدم ان حالة التخلف الاقتصادى التى تعانى منها دول العالم الثالث ، تعتبر – عند البعض – من المسائل التى تشملها الظروف الاستثنائية . اى يجب استمرارها بصفة دائمة . ان هذا الاتجاه يستند الى افتراض قانونى يتأسس على ان الدول لا يمكن بقيامها بابرام المعاهدات الدولية ، تعريض مصالحها الوطنية ، ودفع ما يتعلق بالاقتصاد الوطنى للخطر ، يتحمل نتائج مدمرة من جراء سريان التزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الانسان .

ان هذا المبرر غير مقبول : فمن ناحية تعد الظروف الاستثنائية استثناء ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه بمد نطاقه الى حالات اخرى ،

تشكل صعوبات لدول معينة . ومن ناحية اخرى ، فلقد ورد النص على الظروف الاستثنائية فى اطار العهد الدولى للحقوق السياسية والمدنية . اى كان المقصود بها المسائل السياسية والمدنية فقط . فلو كانت فكرة شمول الظروف الاستثنائية للحالات الاقتصادية لما عجز واضعوا العهد المذكور عن النص عليها بشكل او اخر ، او على الاقل لنصوا على ذلك فى اطار العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

واخيرا ، فانه ولو لم يتم الاعتداد بالملاحظتين السابقين ، فان مبدأ شمول الظروف الاستثنائية للحالات الاقتصادية يعد اقرارا وتسجيلا لتناقض سريان حقوق الانسان ، مع محاولة حل مشاكل التخلف . ان هذا الاتجاه كان من المقبول نسبيا اخذه بعين الاعتبار فى العقدين السابقين . لكن مع ما اثبتته التطورات الاخيرة فى دول اوروبا الشرقية ، وعدة دول من العالم الثالث ما يؤكد ، ان احترام حقوق الانسان ، وحل المشاكل الاقتصادية صنوان متلازمان ، لا يمكن الانتهاء الى التناقض بينهما . وان احترام حقوق الانسان كفيل بنجاح اى مخطط جاد للتنمية .

٢- توافر مقتضيات الظروف الاستثنائية :

لا يتم اقرار مشروعية اية من حالات التحلل من الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان لدى نشوب الظروف الاستثنائية الا اذا كان هناك مبرر يسوغ اعلانها من ناحية ، وضرورة التناسب بين وجود هذه الحالة وعدو مظاهر عدم احترام حقوق الانسان من ناحية اخرى . يضاف الى ذلك وجوب ممارسة رقابة دولية على هذا التحلل المذكور . (٧)

ولكن يلاحظ صعوبة التحقق من توافر مقتضيات حالة الطوارئ لثلاثة اسباب :

السبب الاول : ان تقدير وجود الظروف الاستثنائية يخضع لتقدير السلطات المختصة فى الدول المهددة بهذا الوضع التى يحق لها التحلل الواسع من التزاماتها الدولية .

فالدول هى التى تملك وحدها الاختصاص المطلق فى هذا الشأن . وغير خاف مدى امكانية تذرع الحكومات باسباب وهمية او غير خطيرة من اجل اعلان الظروف الاستثنائية . فسيادة كل دولة تقف حائلا لاعمال اية رقابة دولية فى هذا النطاق .

السبب الثانى : ويترتب على السبب الاول . فطالما تملك كل دولة حق تقدير مدى وجود الظروف الاستثنائية ، فان لها منطقيا حق تقدير مدى التناسب بين خطورة هذه الحالة ، ومظاهر الخروج على التزاماتها الدولية بشأن حقوق الانسان .

السبب الثالث الاخير : وتبرز اهميته فى انه اذا كان تقدير وجود الظروف الاستثنائية ، ومدى تناسب عدم احترام حقوق الانسان تخضع لتقدير السلطات المختصة ، فان وجود رقابة دولية على توافر هذه المقتضيات كان من الممكن ان يمثل ضمانة هامة فى ضرورة عدم تعسف الدول فى هذا الشأن .

غير انه يلاحظ عدم فاعلية اجهزة الرقابة الدولية فى هذا النطاق. فيقتصر دور هذه الاجهزة كلجنة حقوق الانسان التابعة للامم المتحدة على مجرد تلقى تقارير تقدمها الدول المعنية لها عن الاجراءات التى اتبعتها فيها يتعلق بالظروف الاستثنائية . ان دور هذه اللجنة ينحصر فى مجرد فحص تقارير الدول ، وابداء التعليقات العامة عليها . فليس لها اتخاذ أى قرار فى هذا الشأن ، او حتى مجرد ابداء تعليق متخصص ومحدد بصدد ما تراه من امور منها حالة الاعفاء من الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان . الا ان هناك رقابة فعالة ولكنها ذات طبيعة استثنائية تتم فى

اطار اجهزة مجلس اوروبا بشأن احترام الاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية . ولكن خارج نطاق هذه الاتفاقية تبقى حكومة كل دولة لها مطلق التقدير فى شأن الظروف الاستثنائية وجودا وممارسة ، مما يشكل لدى التعسف فى الالتجاء اليها . وفى غياب رقابة قضائية وطنية فعالة تهديدا مباشرا لحقوق الانسان .

ثانيا - التهديد الصادر من جانب جماعات العنف المسلح :

وهذا يمثل اهم المظاهر الجديدة لتهديد حقوق الانسان . حقيقية ان الشائع صدور التهديد عن الحكومات غير انه يلاحظ ان الحكومات قد لا تجد دائما من السهولة بمكان امكان تهديدها لحقوق الانسان فى ضوء ردود الفعل المتوقعة من جانب الرأى العام الخارجى منه والداخلى والذى قد يقترن بوجود رقابة قضائية فعالة . ان جماعات العنف المسلح وهى تلك الحركات التى تهدف الى تغيير النظام الاجتماعى والسياسى لدولة معينة عن طريق استخدام وسائل متعددة من العمليات المسلحة .

واذا كان هناك من يحاول ان يبرر مثل هذه النشاطات ، فانه لا بد من ملأحظة انه بمقتضى حقوق الانسان ، فان أى تغيير سياسى او اجتماعى مرغوب فيه يكون عن طريق الوسائل المشروعة . أى التغيير السلمى استنادا للحقوق السياسية للانسان أى بالانتخابات والترشيح والاستفتاء .. .. الخ .

فغير ذلك معناه القضاء على حقوق الانسان ذاتها . لـذا احسن صنعا واضعو العهد الدولى لحقوق الانسان السياسية والمدنية بان قرروا فى الفقرة الاولى من المادة الخامسة من هذه المعاهدة على انه "" ليس فى الاتفاقية الحالية ما يمكن تفسيره بانه يجيز لاية دولة او جماعة او شخص او حق فى الاشتراك باى نشاط او القيام باى عمل يستهدف القضاء على

أى من الحقوق او الحريات المقررة فى هذه الاتفاقية "" .

على انه اذا تم مباشرة عمليات العنف المسلح من اغتيالات ، وخطف ، وتدمير ، وتلغيم ، فان من يقوم بهذه العمليات لا يسقطه عنه التمتع بحقوق الانسان من ضمانات خاصة بمحاكمته محاكمة عادلة وفقا للقواعد المتعارف عليها فى هذا الشأن .

ثالثا – الاثر السلبى للتقدم العلمى والتكنولوجى :

ليس هناك من شك ان التقدم العلمى والتكنولوجى افضى الى مجموعة متعددة من الآثار الايجابية على الافراد والمجتمعات على السواء وفى كل المجالات . غير ان هناك من الآثار السلبية لهذا التقدم ما ادى فى حالات كثيرة الى تهديد حقوق الانسان من خلال استعمال الاجهزة الحديثة والمتقدمة التى تؤدى الى المساس المباشر بالحرية الشخصية للفرد وحق فى الخصوصية . فيكفى التذكير بالاجهزة التى تمكن من استراق السمع ، والتعرف على المعلومات عن طريق الحاسب الآلى.. .. الخ . حقيقة انه يجب الحفاظ على حقوق الانسان فى مثل هذه الحالات . غير انه فى ضوء ما ذكرنا من عدم فاعلية ضمانات احترام هذه الحقوق ، فان الاخيرة اصبحت مهددة من الناحية الفعلية وبشكل دائم فى ضوء حقيقة ان استخدام الاجهزة المتطورة بات من متطلبات الحياة الضرورية واليومية للانسان ولسير ، تقدم المجتمعات . (٨)

رابعا – التأثير السلبى لقرارات مجلس الامن :

وهى قرارات يصدرها مجلس الامن وفقا لاحكام الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة . انها قرارات لا يمكن التشكيك فى مشروعيتها . ولكنها ذات عواقب وخيمة بما تتضمنه من عقوبات متعددة تفرض على

الدول ، تقضى ، وهذا ما اثبتته واكدته الممارسات الى الحاق آثار سلبية بالمواطنين ، وتشكل تهديدا واضحا لحقوق الانسان . بداية من الحرمان من ممارسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية وصولا الى الحق فى الحياة ذاته . (٩)

خامسا – التعاون غير الفعال مع المنظمات الدولية :

ويظهر ذلك بكل وضوح فى مواجهة الدولية للصليب الاحمر فالقرار ٦٨٧ لمجلس الامن قد قرر فى المادة " ٣ ن " يقرر من اجل تعزيز التزامه بتيسير اعادة جميع الرعايا الكويتيين ورعايا البلدان الثالثة الى الوطن ان يقدم العراق كل ما يلزم من تعاون مع اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، وذلك بتقديم قوائم باسماء هؤلاء الاشخاص وتيسير امكانية وصول اللجنة الدولية للصليب الاحمر الى جميع هؤلاء الاشخاص ، حيثما يوجدون او يكونون محتجزين وتيسير بحث اللجنة الدولية للصليب الاحمر عن الرعايا الكويتيين ورعايا البلدان الثالثة الذين ما زالت مصائرهم مجهولة .

وهذا ما لم يتم حتى الان بتراخى الحكومة العراقية عن تطبيق هذه الفقرة من القرار ٦٨٧ .

ظاهرة التسييس

========

لا يمكن بادئ ذى بدء فصل السياسة عن القانون . فثمة تداخل بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية . غير انه يفترض ان حقوق الانسان بما تتضمنه من مبادئ وقيم ، وما تهدف اليه من تحقيق غايات انسانية مشتركة بين كل الشعوب والافراد ، لابد ان تكون بمنأى عن التأثير بالاعتبارات السياسية . وبرغم هذه الفرضية ، فانه يلاحظ ان

حقوق الانسان باتت تتاثر بالاعتبارات الاخيرة (١٠) . فالتسييس اصبح ملازما ، ومقترنا بحقوق الانسان . فالاعتبارات السياسية تم اقحامها في مجال حقوق الانسان سواء من خلال التعامل معها او باستخدامها لاغراض بعيدة عن مقتضى هذه الحقوق .

ان التسييس كان ينبغي ابعاده عن حقوق الانسان لسبب بسيط هو ان العدالة غاية تقتضى التحلى بالموضوعية التى يفترضها وجود حقوق تتضمنها قواعد قانونية دولية تتطلب العمومية والتجريد كخصيصه لابد من اقترانها بها . ولكن تكشف الممارسات الدولية الاخيرة على ان التسييس بات يتم اعماله بالنسبة التعامل مع هذه الحقوق ، بل استخدامها ايضا .

اولا – التعامل مع حقوق الانسان :

يتم تسييس حقوق الانسان من خلال اعتياد ممارسة ازدواجية المعاملة تجاه هذه الحقوق . ويقصد بالازدواجية فى المعاملة خضوع الاوضاع المتماثلة لحكمين مختلفين (١١) : فتارة يتم قبول وضع معين وتارة اخرى يرفض قبول الوضع المماثل له ، بل ان وضعا معينا قد يتم قبوله فى مرحلة ، ويرفض قبوله فى مرحلة اخرى او بالعكس . هذه الازدواجية اما يطلق عليها الكيل بمكيالين ، التى لا تخرج عن كونها اعمالا للتسييس تعانى منه حقوق الانسان بالنسبة لكل من انواع هذه الحقوق ، والمخالفات التى تلحق بها .

١- انواع حقوق الانسان :

لا تقوم الدول ، والمنظمات الدولية الحكومية منها وغير الحكومية بالتعامل المتماثل مع كل انواع حقوق الانسان ، برغم ان حقوق الانسان

حزمة واحدة تتطلب ان تلقى نفس الاهتمام . فالبعض منها يـــهتم بحقــوق دون اخرى .

فدول العالم الثالث وقبلها الدول الاشتراكية محل اهتمامها حقـــوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . اما الحقوق السياسية والمدنيـــة فتجئ فى اخر الاولويات . بل ان هناك ملاحظة جديرة بالتسجيل هـــى ان الدول الافريقية اتجهت الى تقييد حقوق الانسان السياسية والمدنيـــة مـــن خلال ما يطلق عليه حقوق الشعوب بجعل الحقوق الفردية تخضـــع فـــى اقرارها واحترامها لحقوق الشعوب أى الحقوق الجماعيـــة كـــالحق فـــى التنمية (١٢) .

ويعد ذلك بمثابة اتجاه خطير غايته اسقاط أى مطالبة بحق سياســى او مدنى تحت ذريعة منح الاولوية لحقوق الشعوب . فـــلا غـــرو الحـــال كذلك ، ان نجد الدول الافريقية قد صدر عنها الميثاق الافريقـــى لحقـــوق الانسان والشعوب . وبالمقابل ، فان الدول الغربية تركـــز علـــى حقـــوق الانسان السياسية والمدنية ، ولا تمنح الحقوق الاقتصاديـــة والاجتماعيـــة والثقافية نفس المعاملة . فالضمانات الاجتماعية والاقتصاديـــة التـــى تـــم منحها اثناء الحرب الباردة آخذه فى التناقص ، بعـــد ان انـــهيار التـــهديد الشيـــوعى ، واطلقـــت بقوة لقوانين الســـوق دورها فـــى التعـــامل مـــع الجميع . (١٣)

ولا يقتصر التسييس على النحو المتقدم ذكره على الدول ، حيـــث تسايرها المنظمات الدولية حتى غير الحكومية منها . فمنظمـــات حقـــوق الانسان الدولية هما الاكبر الحقوق السياسية والمدنية ، وتسقط بل تتغـــافل عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فان اهتمت بها فيكون ذلك بقدر ضئيل وعلى استحياء . كما يلاحظ ان المنظمات الاخيرة تمنح كـــل الاهمية للحقوق الفردية ، ولا تمثل حقوق المجتمع كل نفـــس المعاملـــة .

فتهديد امن الدولة لا يمثل اهمية ، ولا يشكل انشغالا كبير لهذه المنظمات . (١٤)

٢- مخالفات حقوق الانسان :

لا اهمية لاية حقوق يتم منحها للانسان ، ان لم يكن هناك احترام لها من جانب كل من تخاطبه النصوص القانونية بشأنها . لذلك ، تحتل مسألة كفالة احترام حقوق الانسان من خلال التصدى لمخالفتها اهمية كبرى فى سبيل العمل على تأكيد ما تتضمنه هذه الحقوق من مبادئ وقيم. والملاحظ ان الازدواجية فى المعاملة أى الكيل بمكيالين اصبحت ظاهرة تنم عن تسييس واضح فى هذا الشأن سواء من خلال سلوك الدول او المنظمات الدولية .

أ) الدول :

باتت المزاجية هى المهيمنة على سلوك الدول لدى وجود مخالفات او انتهاكات واضحة لحقوق الانسان من الدول الاخرى . فمن التغافل عن الانتهاكات مرورا بالتنديد بها وصولا لاتخاذ تدابير ضد بعض الدول فقط المنتهكة لحقوق الإنسان يمثل كل ما تقدم انماطا مختلفة لاعتماد الدولة لازدواجية المعاملة تجاه الحالات المتماثلة للمخالفات : ان دل ذلك على شئ فانما يدل على التسييس ظاهرة شائعة تعانى منها حقوق الانسان .

ويعد التغافل عن انتهاكات حقوق الانسان نمط سلوك واضح يصدر عادة من الدول الغربية . ففى دول لها فيها مصالح آنية او مستقبلية تتغافل الدول الغربية عن الاعتداد بالانتهاكات التى تلحق بحقوق الانسان . ولعل موقف الولايات المتحدة الامريكية من كل من الصين وروسيا ما يؤكد هذا الاتجاه . فالرئيس الامريكى كلينتون لدى اجتماعاته

بالرئيس الصينى زيمن وبعده الرئيس آل جور لدى زيارته الصين نادرا ما يتم التحدث عن اوضاع حقيقة الانسان فى الصين . ولم ينسى احد موقف معظم الدول الغربية ابان احداث اكتوبر ١٩٩٣ فى روسيا حينما وجه الرئيس الروسى بوريس يلسين دباباته الى مقر البرلمان ، ولم يحدث أى تنديد يعتد به من جانب الدول الغربية تجاه هذا السلوك غير الديمقراطى .

وفى نفس الاتجاه تتعدد صور التغافل عن اوضاع حقوق الانسان فى بعض دول العالم الثالث ، ومنها عالمنا العربى من جانب الدول الغربية .

غير ان اوضاعا مماثلة لدول اخرى ليس للدول الغربية منها حاليا مصالح يعتد بها ، لا تتورع الاخيرة عن التنديد باى انتهاك يحدث لحقوق الانسان فى مثل هذه الدول . ففى الوقت الذى تغافل فيه الرئيس الامريكى كلينتون عن اوضاع حقوق الانسان فى الصين وروسيا لم يتورع عن التنديد بالاوضاع المماثلة فى كل من بورما وروسيا البيضاء . بل ان دولة واحدة تبعا لتغيير المصالح يتم التغافل عن انتهاكات حقوق الانسان فيها فترة ويتم التنديد بها فى وقت اخر كنيجيريا وزائير (والكنغو) على سبيل المثال . اما بالنسبة للتدابير فهى تتراوح اما بالاكتفاء بالتنديد او السعى لاستصدار قرار بالاستنكار وصولا لقطع المساعدات .

واذا كان السعى لمواجهة الرأى العام يدفع بالدول عادة الى مجرد تسجيل القلق من انتهاكات حقوق الانسان فى دول معينة ، فان مجرد اصدار قرار غير ملزم نزولا على الاعتبارات المصلحية والتجارية منها فى المقدمة يصبح امرا بعيدا . ففى دورات لجنة حقوق الانسان التابعة للامم المتحدة فى جنيف رفضت دول غربية كفرنسا والمانيا وايطاليا واسبانيا واليونان واستراليا وكندا اصدار قرار يصدر فى مواجهة الصين

، بينما لم تتورع هذه الدول عن السعى لاصدار قرارات ضد دول من العالم الثالث ليس لها مصالح تتوازى مع تلك التى لها فى الصين .

فاذا انتقلنا للمساعدات وربطها بحقوق الانسان فخير مثال على ذلك استمرار الدعم الامريكى لاسرائيل وحجبه عن دول افريقية فقيرة برغم ان انتهاك الدول العبرية لحقوق الانسان فى فلسطين يفوق بكثير أى انتهاك اخر فى دول نامية .

بل ان المساعدات قد تقدم لدولة معينة تنتهك حقوق الإنسان ، ثم تحجب عن نفس الدولة برغم استمرار انتهاك هذه الحقوق لا لشئ الا ان نظام الحكم الجديد اما غير معروف الهوية ، او ليس ذات توجه مساند لسياسة الدول مانحة المساعدات .

وهكذا ، فالازدواجية فى المعاملة تجاه الاوضاع المماثل السلوك واضح من جانب الدول تجاه مخالفات حقوق الانسان .

ب) المنظمات الدولية :

ليس موقف المنظمات الدولية بمنأى عن الاتجاهات السياسية للدول الاعضاء فالمنظمة ليس الا اطارا يترجم ويعكس ما تنتهى اليه الدول . لذلك فان المنظمات الدولية اما الا تصدر قرارا فى مواجهة انتهاكات حقوق الإنسان ، وحتى اذا اصدرت قرارا فانه تتعدد صيغ اخراجه فمن اشارة الى انتهاك ، الى الاسف مرورا الى الاستنكار المهذب ، وصولا الى التنديد . والملاحظ انه فى كل حالة الاوضاع متماثلة لدول القاسم المشترك بينها عدم احترام حقوق الانسان . ولكن رد فعل المنظمات يختلف من دولة لاخرى بالنظر الى اخضاع مسألة انتهاك هذه الحقوق للاعتبارات السياسية ويكفى للتدليل على ذلك مجرد قراءة سريعة لقرارات لجنة حقوق الانسان التابعة للامم المتحدة .

فالازدواجية فى المعاملة على النحو المتقدم بيانه كمظهر للتسييس

مقترن بسلوك الدول والمنظمات الدولية فى مجال حقوق الانسان . (١٥)

٢- استخدام حقوق الانسان لاغراض سياسية :

وهى اغراض متعددة يجئ فى مقدمتها السعى للتدخل فى الشئون الداخلية للدول . وفقا لنص الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الامم المتحدة يمتنع على المنظمات الدولية انطلاقا من سيادة الدول التدخل فى شئونها الداخلية . ومع تسليم الدول بهذا المبدأ ، الا انه من الملاحظ استخدام حقوق الانسان من اجل التدخل فى الشئون الداخلية لدول كثيرة . ويتم ذلك باعتبار ان مخالفات حقوق الانسان واستمرارها تهدد السلم والامن الدوليين ، فانه بالتالى امكن ربط حقوق الانسان بهذا السلم والا من والتدخل فى الشئون الداخلية للدول . واوضح الامثلة على ذلك التدخل فى هايتى حيث تم اعتبار تغيير نظام الحكم عن غير الطريق الديمقراطى تهديدا للسلم والامن الدوليين . (١٦)

ان هذا الاتجاه خطير يجعل من حقوق الانسان ذريعة من اجل التدخل فى الشئون الداخلية للدول ويعد توسيعا لمفهوم السلم والامن الدوليين ، ويجعل كل دولة معرضة لتدخل اجنبى فى شئونها الداخلية ، وهكذا ، يعود التدخل الاجنبى ليس من اجل الحضارة المدعى بانها التى ترافق الاحتلال الاجنبى ، ولكن من اجل الادعاء باعلاء واحترام حقوق الانسان الذى تعد كل مخالفة تهديدا للسلم والامن الدوليين !

والملاحظ ان التدخل فى الشئون الداخلية حماية لحقوق الانسان ، واستنادا لتهديده للسلم والامن الدوليين ، لا يتم فى مواجهة جميع الدول . فالتدخل لحماية الديمقراطية فى هايتى ، لم يتم الالتجاء فى حالة مماثلة مثل نيجيريا !

ولعل ما اعلنه الرئيس الامريكى كلينتون مؤخرا من وجوب

التدخل بدون اذن وهو ما تم فى كوسوفو ، وتأييد كوفي غنان له بشرط اذن الامم المتحدة ما يظهر الدخول فى مرحلة جديدة يصبح التدخل هو المبدأ . وغير خاف وجود اعتبارات سياسية فى هذا النطاق.

١- كانت حقوق الأنسان لدى المناداة بها دوليا تدخل فى نطاق القانون المنشود . أى ما ينبغى ان يكون . وهكذا ، صدر الاعلان العالمى لحقوق الانسان عن الجمعية العامة للامم المتحدة عام ١٩٤٨.. ان هذا الاعلان لا يعدو ان يكون الا مجرد توصية ليس لها الا قيمة سياسية او ادبية . أى ان حقوق الانسان كانت تدخل فى نطاق مما ينبغى ان يكون ، وليس ما هو قائم .

غير انه حدث تطور له ما يبرره : ان حقوق الانسان شأن اية فكرة جديدة يصعب تقبلها ، وبصفة الزامية ، سيما انها تمس المجال الحيوى لسيادة كل دولة . اضف الى ذلك ان ابرام نص ملزم ، وهو ما يتحقق من خلال التوصل الى معاهدة ، يصادف صعوبات متعددة بالنسبة لمفهوم الفكرة ومداها ، وما يترتب على اعمالها من التزامات تقع على عاتق الدول المنظمة اليها .

فضلا عن ان دور العرف فى تكوين قواعد ملزمة يستوجب الانتظار فترة طويلة للحكم على وجوده ومداه .. .. لقد اخذت فكرة حقوق الانسان منذ عام ١٩٤٨ تنتشر وتتدعم بحيث لم يعد هناك ما يمنع من صياغتها فى اطار نصوص ملزمة كعهدى حقوق الانسان والحريات الاساسية ، الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان ، والميثاق الافريقى لحقوق الانسان والشعوب ..

"' انظر ا.د. مصطفى سلامة : تأملات دولية فى حقوق الانسان ، المجلة

المصرية للقانون الدولى العدد ٤٠ صـــ١٩١ وما بعدها "" .

٢- انظر فى ذلك : ا.د. مصطفى سلامة : تطور القانون الدولى العـــام ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٢ صـــ ١٦٧ .

٣- فهذا الحق تم النص عليه فى اطار البروتوكول الاختيـــارى الملحـــق بعهد الامم المتحدة للحقوق السياسية والمدنية ، وذلك من خلال لجنـــة حقوق الانسان للمنظمة العالمية . حقيقـــة ان هـــذا الاجـــراء يتطلـــب ارتضاء الدول المعنية بالبروتوكول المذكور . ولكن يلاحظ انـــه مـــع تصاعد حركة حقوق الانسان فى مختلف ارجاء العالم ، وتضمين هـــذا الحق سابقا فى اطار الاتفاقية الاوروبية لحقوق ، فان ثمة حماية يعتـــد بها فى هذا الشأن . بل ان السماح بتقديم الشكاوى يقضى الـــى تمتـــع الفرد بنوع من الشخصية الدولية ، حيث يتمتع الانسان بحكم انســـانيته بهذا الحق ، مما يعد تطور ملحوظا فى اطار الجماعة الدولية .

٤- وهو ما تقوم به الدول الغربية عن طريق برامج المساعدات الخاصـــة بها او من خلال صندوق النقد الدولى والبنك الدولى تجاه دول العـــالم الثالث .

٥- ويظهر ذلك فى المسائل التالية :

١- حق المنظمات الدولية فى اجراءات المناقشـــات ، اتخـــاذ التوصيات ، والدعوى الـــى اجـــراء توفيـــق او التنديـــد بمخالفات حقوق الانسان .

٢- اعتبار تغيير نظام الحكم فى الدول عــــن غـــير الطـــرق الدستورية مخالفة صريحة لحقوق الانســـان ، بـــل عـــدم الاعتراف بهذا التغيير وتوقيع جزاءات متعددة (حـــالات هايتى وسيراليون) .

٣- آلية التدخل لوضع حد لاية انتهاكات لحقوق الانسان في اطار منظمة التعاون والامن الاوروبي .

٤- التدخل في كوسوفو .

٦- انظر الدكتور مصطفى سلامة : التحلل المشروع من الالتزامات الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، صـ ٣٠ وما بعدها .

٧- المرجع السابق ، صـ ٣٣ وما بعدها .

٨- الدكتور مصطفى سلامة : التأثير المتبادل بين التقدم العلمي والتكنولوجي والقانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ صـ ٤٩ وما بعدها .

٩- لعل ذلك كان السبب في اصدار قرارات لمعالجة هذا الوضع من ذلك قرار مجلس الامن الخاص بالنفط مقابل الغذاء (القرار ٩٨٦) بشأن العراق .

١٠- الدكتور مصطفى سلامة : تسييس المنظمات الدولية المتخصصة ، الدار الجامعية للنشر ، بيروت ١٩٨٩ ، صـ ٢٦ وما بعدها .

١١- الدكتور مصطفى سلامة : ازدواجية المعاملة في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٧ ، صـ ٢٧ .

١٢- الدكتور مصطفى سلامة : التحلل المشروع من الالتزامات الدولية ، المرجع السابق صـ١٧١ وما بعدها .

١٣- كموقف بريطانيا من الميثاق الاجتماعي الاوروبي .

١٤- وهذا موقف منظمة العفو الدولية .

١٥- الدكتور مصطفى سلامة : ازدواجية المعاملة في القانون الدولي ، المرجع السابق .

١٦- الدكتور مصطفى سلامة : المظاهر الجديدة لتقييد الاختصاص الداخلي للدول ، مجلة الحقوق ، ١٩٩١ العدد الرابع .

مكافحة غسيل الأموال

طبقاً للقانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢

مقارناً بكل من القانون المصري واللبناني والإماراتي

دكتور

جلال وفاء محمدين

أستاذ القانون التجاري – بحقوق الإسكندرية
مستشار قانوني – بنك الكويت الصناعي

٢٠٠٣

مقدمـــة

١ - التعريف بغسيل الأموال :

غسـيل الأمـوال Money Laundering مـن الجـرائم الاقتصـادية الحديثة التي ترتبط عادة بالجريمة المنظمة Organized Crime ، لاسيما جرائم المخدرات ، الإرهاب ، تهريب الأسلحة ، الرقيق الأبيض ، الفساد السياسي ، الرشوة وغيرها من الجرائم ٠٠ كما ترتبط هذه الجريمة بالبنوك والمؤسسات المالية الأخرى لما توفره عملياتها من قنوات وأساليب تستخدم في غسيل الأموال غير النظيفة [١]٠

وجوهر غسيل الأموال قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن الأنشطة الإجرامية وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع لكي تبدو هذه

---

(١) راجع بصفة خاصة :

Michael Levi, "New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (winter 2000); Betra Esperanza Hernandez, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations pp. 235-304 (winter 1993); Pedro R. David, Mercosur: "Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation "Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999);

أيضاً أنظر:

Guide to the Prevention of Money Laundering (International Chamber of Commerce Crime Bureau – 1998).

وبصفة خاصة ص ٦ وما بعدها ؛ أيضاً :

Joan Wadsley, "Banks in a Bind: The Impact of Money Laundering Legislation", Journal of International Banking Law, Volume 16 No. 5 (July 2001).

وبصفة خاصة ص ١٢٥ وما بعدها٠

الأموال وكأنها قد تولدت عن منشأ قانوني ومشروع[2]. فالهدف الأساسي من غسيل الأموال هو إضفاء الشرعية على أموال هي في الأصل ذات مصدر غير مشروع ، وبما يفضي إلى سهولة تحريك تلك الأموال في المجتمع دون أن تتعرض للمصادرة وبذا يفلت المجرمون من العقاب ، وتنساب في القنوات المالية الشرعية أموال هي في الأصل غير نظيفة[3].

ويمر غسيل الأموال بثلاث مراحل ، وهي: مرحلة الإيداع أو التوظيف ، ثم مرحلة الترقيد ، فمرحلة الاندماج أو التنظيف. وتتشابك وتتداخل هذه المراحل في أغلب الأحوال بحيث يكون الفصل بينها في غاية الصعوبة.

وتقتضي مرحلة الإيداع أو التوظيف Placement التخلي المادي عن النقود المتحصلة من النشاطات غير المشروعة بهدف إبعاد الشبهة عن مصدرها[4]. ويتم ذلك غالباً بأسلوب بسيط بتوظيف الأموال المشبوهة في

---

(٢) *Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions" Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulations, pp. 437-468 (Summer 1994).*

وبصفة خاصة في ص ٤٣٧ وما بعدها.

(٣) المقالة السابقة. وفي معنى قريب ، راجع :

William Baity, "Banking on Secrecy - the Price for Unfettered Secrecy and Confidentiality in the Face of International Organized and Economic Crime", Volume 8 No. 1 Journal of Financial Crime pp. 83-86 (August 2000).

(٤) *Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Proplem and Attempts to Combat it", Volume 63Tennessee Law Review, pp 143-237 (Fall 1995).*

وبصفة خاصة في ص ١٤٩ ؛ أيضاً : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية عقدتها كلية الحقوق – جامعة الكويت في ١٩٩٨/٥/١٠ – منشورة في مجلة الحقوق – تصدرها جامعة الكويت – العدد الثالث – السنة ٢٢ سبتمبر ١٩٩٨ ، ص ص ٢٩١–٣٨٥، =

البنوك أو في غيرها من المؤسسات المالية داخل أو خارج البلاد من خلال فتح حسابات ، أو ودائع ، أو شراء أوراق مالية أو تزوير المستندات أو إخفاء بعضها أو بمساعدة بعض موظفي البنوك الذين يتسترون على ما يجري ، أو باستثمار الأموال في محلات للمجوهرات أو في غيرها مما يعرف بشركات الواجهة Front Companies أو بتحويل النقود إلى أوراق تجارية قابلة للتداول يسهل انتقالها من يد إلى يد ومن بلد إلى أخرى ، إلى غير ذلك من الأساليب(٥). واختيار طريقة دون أخرى خلال مرحلة الإيداع أو التوظيف يعتمد إلى حد بعيد على خبرة غاسلي الأموال وعلى الظروف المحيطة بعملياتهم(٦). ومرحلة الإيداع أو التوظيف هي أصعب مراحل غسيل الأموال بالنظر إلى أن الأموال غير النظيفة تكون عرضة لافتضاح أمرها ، لاسيما مع الكميات الهائلة من النقد التي يحوزها غاسلو الأموال(٧).

=وبصفة خاصة ص ٣٠٢ ؛ أيضاً راجع : الدكتور حمدي عبدالعظيم . غسيل الأموال في مصر والعالم (الطبعة الأولى - القاهرة ١٩٩٧) ص ص ٣٨ - ٣٩ : أيضاً :

Money Laundering Convention (14 Feb. 1988).

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت ١٩٨٨) وبصفة خاصة ٩ وما بعدها.

(٥) راجع :

Scott Sulzer, Money Laundering: The Scope of the Proplem.....

المقالة المشار إليها سابقاً . ص ١٤٩ : أيضاً : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، خلقة نقاشية ٢٠٠٠ . المشار إليها سابقاً ، ص ص ٣٠٢ - ٣٠٣ ؛ كذلك:

Louis de Koker, "Money Laundering: Trends in South Africa", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 27-41 (Summer 2002).

وبصفة خاصة في ص٣٣ وما بعدها .

(٦) الدكتور جلال وفاء محمدين ، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال ، سلسلة رسائل بنك الكويت الصناعي ، ص ١٣ . العدد ٦٣ (ديسمبر ٢٠٠٠) ، الكويت.

(٧) راجع ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني . السابق الإشارة إليه ، ص ص ٣٠٢ - ٣٠٣ ؛ كذلك : =

ويجري في مرحلة الترقيد Layering فصل الأموال المشبوهة عن مصدرها ، وذلك بخلق عمليات معقدة بهدف التمويه على أصل ومصدر هذه الأموال ، مع تدعيم ذلك بالمستندات لتضليل الجهات الأمنية والرقابية للحيلولة دون اقتفاء المسار غير المشروع للأموال(٨). وتتميز مرحلة الترقيد بأنها أصعب من مرحلة التوظيف بالنسبة لسلطات مكافحة غسيل الأموال ، إذ يكون من العسير كشف كنه أو حقيقة العمليات غير المشروعة بسبب استخدام بعض أدوات العمل المصرفي من جهة ، والتكنولوجيا الحديثة من جهة أخرى كاستخدام عمليات التحويل البرقي للنقود Wire Transfer والتحويل الإلكتروني Electronic Transfer واللذين تنتقل من خلالهما الأموال بسرعة فائقة إلى بنوك خارج البلاد مما يصعب معه ملاحقة أو تعقب مصدرها(٩). ويزيد الأمر تعقيداً أن الأموال المشبوهة عادة

=*Peter Johnstone & Mark Jones, "The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organised Crime Groups", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119-203 (Winter 2000).*

وبصفة خاصة في ص ٢٠٠ ؛ وأيضاً :

Ricardo M. Alba, "Fraud Control in Offshore Banking Centers", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245-249 (Winter 2000).

(٨) راجع :

Money Laundering Convention....

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت ١٩٨٨) المشار إليه سابقاً ، ص ١١ ؛ أيضاً :

Guide to the Prevention of Money Laundering....

وبصفة خاصة ص ١٥. أيضاً :

Donats Masciandaro, "The Illegal Sector, Money Laundering and the Legal Economy: a Macroeconomic Analyis", Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime, pp 103-112 (November 2000).

(٩) *Scott Sulzer, "Money Laundering: The Scope of the Proplem and Attempts to Combat it....* =

ما يتم تحويلها إلى بنوك في بلاد تتبنى قوانين صارمة للسرية المصرفية مثل جزر كايمن ، بنما ، جزر البهاما ، سويسرا ، باكستان ، ولكسمبورج[10].

وأخيراً ، ففي مرحلة التكامل أو الدمج Integration يتم تطهير الأموال غير النظيفة ، وذلك بإدماجها في عمليات ونشاطات اقتصادية مشروعة ، بحيث تبدو تلك الأموال منبتة الصلة عن النشاطات الإجرامية

=المشار إليه سابقاً ، ص ١٥٠ ؛ أيضاً

Guide to the Prevention of Money Laundering....

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٥.

(١٠) *Scott Sulzer, "Money Laundering: The Scope of the Proplem ....*

السابق ، ص ١٥٠ ؛ كذلك راجع :

Ethan A. Nadelan, Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S. Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions, Volume 18 University of Miami Inter-American Law Review, pp. 33-81 (Fall 1986).

وبصفة خاصة ص ٥٢ وما بعدها.

وتجد السلطات القائمة على تعقب نشاط غسيل الأموال صعوبات كبيرة في ملاحقة التحويلات الإلكترونية والبرقية التي ترد من العالم أجمع ليس فقط بسبب ضخامة وتشعب هذه التحويلات ولكن أيضاً بسبب الصعوبات الفنية الموجودة في نظام التحويلات الإلكترونية نفسه. ففي إحدى القضايا الحديثة تم إيداع الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات في عدة بنوك ، ثم تحويلها برقياً إلى حساب سري في أحد البنوك بمدينة تامبا ***Tampa*** بولاية فلوريدا الأمريكية ، ثم إعادة تحويل تلك الأموال مرة أخرى مروراً ببنوك في ولاية نيويورك إلى بنوك في لكسمبورج ولندن حيث استخدمت في شراء شهادات إيداع ***Certificate deposits*** ثم استخدمت هذه الشهادات كضمان لقرض ضخم تم الحصول عليه في ***Nassau***، وبعدئذ ، تم تحويل مبالغ القرض ذاته إلى الحساب السري في مدينة تامبا لتأخذ الأموال دورتها مرة أخرى في تجارة المخدرات في أورجواي.

راجع :

Scott Sultzer, Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat it....

المشار إليه سابقاً ، هامش (٣١) ص ١٥٠.

التي تحصلت عنها [11]. وفي هذه المرحلة ، يستغل غاسلو الأموال البنوك كمؤسسات مالية ذات أداء عالي المستوى لكي يقوموا من خلالها بتدوير الأموال غير النظيفة للتمويه على عدم شرعية الأموال [12]. كما تستخدم بعض أدوات العمل المصرفي كخطابات الاعتماد وخطابات الضمان ؛ أو وسائل أخرى غير مصرفية كتأسيس شركات الواجهة، مباشرة تجارة الإستيراد والتصدير ، شراء وبيع العقارات ، وغيرها[13].

---

(١١) راجع :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المرجع المشار إليه ، ص ١٥ وما بعدها ؛

Money Laundering Convention ....

من منشورات معهد الدراسات المصرفية ، الكويت ، المرجع المشار إليه ص ١٢ ؛ كذلك :

ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية منشورة في مجلة الحقوق - جامعة الكويت ....

المشار إليها ، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(١٢) راجع :

Louis de Koker, Money Laundering Trends in South Africa.....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٣٤ وما بعدها ؛

William Baity, Banking on Secrecy- The Price for Unfettered Secrecy and Confidentiality in the Face of International Organized and Economic Crime, Volume 8 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 83-86 (August 2000).

(١٣) راجع بصفة خاصة:

R.E.Bell, "The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 17-26.

وبصفة خاصة في ص ٢٠ ؛ أيضاً :

Guide to the Prevention of Money Laundering ....

المرجع المشار إليه ، ص ١٦.

ويعتبر شراء العقارات وسيلة تقليدية لتدوير الأموال غير النظيفة مرة أخرى لتدخل في الإقتصاد القومي. ويمكن شراء العقارات بواسطة شركات واجهة باستخدام الأموال =

٢- مكافحة غسيل الأموال على المستويين الدولي والوطني:

(أ) على المستوى الدولي :

إدراكاً من المجتمع الدولي للآثار السلبية لغسيل الأموال على الاقتصاديات الوطنية وعلى الاقتصاد الدولي بصفة عامة ، فقد توالت الجهود الدولية للحد من جرائم غسيل الأموال وضبط المجرمين المساهمين فيها وعقابهم • وأبرز الجهود الدولية في هذا الخصوص:

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨ ، والمعروفة باسم "اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨":

وتضمنت اتفاقية فيينا أحكاماً تتعلق بغسيل الأموال في مجال تجارة المخدرات كتجريم تحويل أو نقل الأموال مع العلم بأنها متحصلة من جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو إخفاء أو كتمان أو إظهار مظهر كاذب، للتمويه على حقيقة تلك الأموال أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو إيداعها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها أو اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم - في كل الأحوال - بأنها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية أو من فعل ناشئ عن الاشتراك

=المشبوهة ، ثم يعاد بيعها ، فتبدو حصيلة البيع وكأنها قد جاءت من مصدر مشروع ، وكذلك تكوين شركات واجهة ، ثم تقوم هذه الشركات بإقراض الأموال لبعض الأشخاص ، أو بالحصول على قروض صورية وبفوائد عالية وبحيث يتم استبعاد مبالغ الفوائد من احتساب الضرائب وبالتالي يحصل التهرب الضريبي، راجع:

Money Laundering Convention....

المرجع المشار إليه (من منشورات معهد الدراسات المصرفية - الكويت ١٩٨٨)، ص ١٢ وما بعدها •

فيها[١٤]. كما تضمنت الاتفاقية المذكورة أحكاماً إجرائية للتعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين وعقابهم في جرائم غسيل الأموال[١٥].

ولقد أصبحت اتفاقية فيينا نافذة على المستوى الدولي في الحادي عشر من نوفمبر عام ١٩٩٠ ، ولم تتحفظ أية دولة على ما تضمنته تلك الاتفاقية من أحكام[١٦].

---

(١٤) راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions", Volume 60 Fordham Law Review, pp. S 467- S 500 (May 1992).

وبصفة خاصة ص ٤٤١ وما بعدها ؛ أيضاً :

Guide to the Prevention of Money Laundering ....

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٨.

وراجع خاصة المادة الثالثة من الإتفاقية المذكورة. كذلك أنظر:

Sideek Mohamed, "Legal Instruments to Combat Money Laundering in the EU Financial Market", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 66-79 (Summer 2002).

وبصفة خاصة ص ص ٦٦-٦٧.

أيضاً :

W.C. Gilmore, "International Efforts to Combat Money Laundering" (Cambridge Frotius Publications Limited – 1992).

(١٥) راجع المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ من اتفاقية فيينا ؛ وأنظر :

Money Laundering Convention....

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٩ وما بعدها ؛

أيضاً:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti-Money Laundering Policy", Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871-965 (1993).

وبصفة خاصة ص ص ٨٨٣-٨٨٤.

(١٦) راجع :

Money Laundering Convention.... =

(٢) توصيات بازل لعام ١٩٨٨ :

وقد صدرت هذه التوصيات عما يعرف "بمجموعة العشرة" وهي عبارة عن عدد من البنوك المركزية وبعض المؤسسات المالية ذات الطابع الإشرافي والتي اجتمعت في بازل بسويسرا عام ١٩٨٨[١٧]. وتتضمن

=من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت)، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٨ ؛ كذلك:

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها . ص ص ٤٤١-٤٤٢.

وهناك جهود أخرى . على المستوى الإقليمي ، لا تقل في الأهمية عن الجهود الدولية. فعلى سبيل المثال ، قامت الجماعة الأوروبية *European Community (EC)* بمجهودات لمكافحة غسيل الأموال ، إذ اقترحت لجنتها – أي لجنة الجماعة الأوروبية – لائحة إرشادية في فبراير عام ١٩٩٠ لتسري على جميع الدول الأعضاء. وتوجب هذه اللائحة على المؤسسات المالية إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة وتنظيم عمليات صرافة العملات الأجنبية. ولقد تبنى المجلس الوزاري للجماعة الأوروبية النص النهائي لهذه اللائحة في العاشر من يونيو عام ١٩٩١. ومن جهة أخرى ، تبنت منظمة الدول الأمريكية *The Organization of American States* لوائح نموذجية لمكافحة غسيل الأموال المتعلقة بجرائم المخدرات والجرائم المرتبطة بها وذلك في مايو عام ١٩٩٢. ولقد شددت هذه اللوائح على المؤسسات المالية بضرورة مكافحة غسيل الأموال وتوسعت إلى حد كبير في فرض هذه الالتزامات على البنوك التجارية وبنوك الادخار وسماسرة الأوراق المالية ومكاتب صرف الشيكات والكمبيالات وغيرها. كما ألزمتها بإبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة ودون إعلام العملاء عن ذلك. كما قررت هذه اللوائح نظاماً للإقرار عن مبالغ العمليات المصرفية التي يودعها العملاء في البنوك وخروجاً على مقتضيات السرية المصرفية. راجع في ذلك:

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations...

المقالة المشار إليها سلفاً ، ص ص ٤٤٩-٤٥٧.

(١٧) راجع: =

التوصيات المذكورة العديد من المبادئ التي يتعين على المصرفيين اتباعها للسيطرة على عمليات غسيل الأموال ومكافحتها لمنع استخدام البنوك كقنوات لتسهيل إخفاء أو تنظيف الأموال المشبوهة(١٨).

(٢) **توصيات مجموعة السبعة G 7:**

وقد أسفرت تلك التوصيات عن إنشاء لجنة عمل مالية خاصة Financial Action Task Force (FATF) بهدف اتخاذ خطوات فعالة لمكافحة غسيل الأموال ، وأقرت اللجنة المذكورة أربعين توصية في هذا الخصوص(١٩). وتعرض بعض هذه التوصيات لمسئولية البنوك عن عمليات

=*Kern Alexander, "The International Anti-Money-Laundering Regime: The Role of The Financial Action Task Force", Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 231-248 (Winter 2001).*

وبصفة خاصة في ص ٢٣٦ وما بعدها. ويلاحظ أن توصيات بازل غير ملزمة قانوناً حتى بالنسبة لمجموعة العشرة كما لا تتضمن أية آلية لاحترام وتنفيد مبادئها. أنظر ص ٢٣٧ من ذات المقالة المذكورة.

(١٨) المقالة السابقة ص ٢٣٦ وما بعدها. ومن أهم ما قررته لجنة بازل أنه على الرغم من أن البنوك ليس عليها التزام عام بالتحقق من مشروعية كل عملية مصرفية تقوم بها ، إلا أنها لا يجب أن تقف موقفاً سلبياً في حالة استخدام النظام البنكي لأغراض إجرامية وإلا اهتزت الثقة في البنوك. وعليه ، ينبغي على البنوك بذل أقصى درجات العناية والجهد للتعرف على هوية المتعاملين معها ، وكما يجب على البنوك التعاون مع السلطات المختصة للكشف عن العمليات المريبة. راجع:

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٤٤-٤٤٥.

(١٩) أنظر:

Kern Alexander, "The International Anti-Money-Laundering Regime....

المقالة المشار إليها ، ص ٢٣٩ وما بعدها ؛ كذلك : =

غسيل الأموال ، وما يتعين على البنوك اتخاذه من تدابير للحد من تلك العمليات[٢٠]. وقد انضم للعمل مع تلك اللجنة العديد من الأعضاء منهم مجلس التعاون لدول الخليج العربي[٢١].

وترجع أهمية التوصيات الصادرة عن تلك اللجنة (FATF) إلى اعتبارها وثيقة عمل دولية لإحداث تغييرات في مجال العمل المصرفي لتأكيد وتفعيل دور البنوك في مواجهة ومكافحة عمليات غسيل الأموال[٢٢].

=Sideek Mohamed, "Legal Instruments to Combat Money Laundering in the EU Financial Market", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 66-79 (Summer 2202).

وبصفة خاصة في ص ٦٧ وما بعدها ؛ أيضاً :

Jackie Johnson and Y.C. Desmond lim, "Money Laundering: Has the Financial Action Task Force Made a Difference?" Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 7-22 (July 2002). Dayanath Jayasuria, "Money Laundering and Terrorism Financing: The Role of Capital Market Regulators", Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 30-36 (July 2002).

وبصفة خاصة في ص ٣٠ وما بعدها.

(٢٠) *Kern Alexander, The International Anti-Money-Laundering Regime...*

المقالة المشار إليها ، ص ٢٣٩ وما بعدها. وفي هذا الخصوص ، فإن التوصيات الأربعين تلقي بمسئولية كبيرة على المؤسسات المالية ، لاسيما فيما يتعلق بالتحقق من هوية المتعاملين معهم والمستفيدين الحقيقيين من الحسابات المفتوحة لديهم. راجع المقالة المذكورة ، ص ٢٣٩.

(٢١) ومن هؤلاء دول عديدة وبعض المنظمات الإقليمية مثل دول مجلس التعاون الخليجي والاتحاد الأوروبي ، راجع:

Money Laundering Convention....

المرجع المشار إليه ، من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، ص ١٩ وما بعدها ؛ أيضاً:

Sideek Mohamed, Legal Instruments to Combat Money Laundering....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٧.

(٢٢) *Kern Alexander, The International Anti-Money-Laundering...*

المقالة المشار إليها ، ص ٢٣٩.

(٤) مبادئ ولفزبرج Wolfsberg:

في الثلاثين من أكتوبر عام ٢٠٠٠ تم الإعلان عن مبادرة هامة من جانب بنوك القطاع الخاص لمكافحة عمليات غسيل الأموال حيث قام أحد عشر بنكاً من كبريات البنوك العالمية بتوقيع لائحة إرشادية لمجموعة من المبادئ وذلك في مدينة ولفزبرج Wolfsberg بسويسرا [٢٣]، والتي أصبحت تعرف بمبادئ ولفزبرج نسبة إلى تلك المدينة[٢٤]. وقد سارعت هذه البنوك إلى إرساء تلك الإرشادات بعد حصول عدد من الفضائح المالية في بعض البنوك الكبرى مثل سيتي بنك ، وبنك أوف نيويورك وغيرها[٢٥].

---

(٢٣) *Kir Hinterseer, "The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles", Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 27-41 (2001).*

وبصفة خاصة في ص ٢٧. والبنوك الإحدى عشر التي وضعت مبادئ ولفزبرج هي:

Citibank – JP Morgan – Chase, HSBC – Barclays – Banco Stander Central Hispano – Société Générale, Deutsche Bank, ABN AMRO, Credit Suisse and UBS.

راجع :

Hans-Peter Bauer and Martin Peter, "Global Standards for Money Laundering Prevention", Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 69-72 (July 2002).

وبصفة خاصة في ص ٦٩.

(٢٤) أنظر :

Kir Hinterseer, "The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles....

المقالة السابقة ، ص ٢٧.

(٢٥) المقالة السابقة ، ص ٢٧ وما بعدها ؛ أيضاً :

Toby Graham, "What's Behind the Wolfsberg Principles?" Volume 4 No. 4 Journal of Money Laundering Control, pp. 348-349 (Spring 2001).

وبصفة خاصة في ص ٣٤٨.

ومبادئ ولفزبرج عبارة عن مجموعة من الإرشادات التي يتعين على البنوك مراعاتها عند إنشاء واستمرار العلاقات المصرفية مع العملاء ، لاسيما مع كبار العملاء خاصة من الدول التي تعرف أو لها سمعة في مجال الجريمة[٢٦]. وهي مبادئ اختيارية ، ومفتوحة لكل بنك ولا تقتصر على البنوك الإحدى عشر التي وقّعت عليها[٢٧]. كما تتميز هذه المبادئ بأنه لا يوجد ثمة جزاء قانوني على مخالفتها ، ومع ذلك فهي تستمد احترامها وأهميتها من فعاليتها ووضع الضوابط للعمل الداخلي في البنوك لمكافحة غسيل الأموال ، وذلك حرصاً على سمعة البنوك[٢٨].

(٥) قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ الصادر في ٢٠٠١/٩/٢٨:

إثر أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ ، ودعماً للاتجاه الدولي لمكافحة الإرهاب ، أصدر مجلس الأمن الدولي في ٢٠٠١/٩/٢٨ القرار رقم ١٣٧٣ والذي دعا فيه جميع الدول إلى القيام دون أي ابطاء بتجميد

---

(٢٦) *Toby Graham, What's Behind the Wolfsberg Principles...*
المقالة السابقة ، ص ٣٤٨.

(٢٧) راجع :
Sideek Mohamed, Legal Instruments to Combat Money Laundering....
المقالة المشار إليها ، ص ٦٨ وما بعدها ؛ أيضاً :
Hans-Peter Bauer and Martin Peter, Global Standards for Money Laundering..
المقالة المشار إليها ، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢٨) *Toby Graham, What's Behind the Wolfsberg Principles....*
المقالة المشار إليها ، ص ٣٤٨. وفي شرح تفصيلي لهذه المبادئ وآثارها على مكافحة عمليات غسيل الأموال ، راجع :
Kir Hinterseer, The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles...
المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة ص ص ٢٦-٣٩.

الأموال أو أي أصول أخرى أو أي موارد اقتصادية أو مالية تعود بطريقة مباشرة لأشخاص أو هيئات معنيين بارتكاب الأعمال الإرهابية(٢٩).

وتقوم الأمم المتحدة بتوزيع طلبات ونشرات على البنوك في دول العالم بأسماء الأشخاص والهيئات التي ينبغي وقف التعامل معها وتجميد حساباتهم(٣٠). كما تقوم الولايات المتحدة الأمريكية بتوزيع نشرات على البنوك لنفس الغرض. ونرى أن البنوك المحلية عليها الالتزام بتلك الطلبات والمنشورات إذا وردت إليها عن طريق البنك المركزي في الدولة التي تتبعه تلك البنوك.

---

(٢٩) وأحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ تمثلت في الهجوم على برجَي التجارة العالمي بمدينة نيويورك راجع:

Fletcher N. Baldwin, Jr. "Money Laundering Countermeasures with Primary Focus upon Terrorism and the USA Patriot Act 2001", Volume 6 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 105-136 (2002).

وبصفة خاصة ص ١١٠ ؛ أيضاً :

Kevin E. Davis, "Legislation Against the Financing of Terrorism: Pitfalls and Prospects" Volume 10 No. 3 Journal of Financial Law Crime, pp. 269-274 (January 2003).

(٣٠) *Fletcher N. Baldwin, Jr. "Money Laundering Countermeasures....*

المقالة السابقة. ويلاحظ أن صندوق النقد الدولي *IMF* أعلن في ١٧ نوفمبر ٢٠٠١ عن تبني قرار مجلس الأمن. راجع ذات المقالة، ص ١١٠. وجدير بالذكر أن لجنة العمل المالية الدولية *FATF* أصدرت وتبنت في ٣١ أكتوبر ٢٠٠١ ما يعرف بالتوصيات الثمانية الخاصة لمكافحة تمويل الإرهاب والتي تستهدف منح الحكومات سلطات قوية لتجميد الحسابات المشبوهة والإفصاح عن العمليات المشبوهة وقوائم عن الدول التي ترعى الإرهاب. ولو أخفقت أية دولة في الانصياع لهذه التوصيات وعدم تنفيذها بدقة، فإنها تعرض البنوك والعاملين فيها لخطر الاستبعاد من السوق العالمي. راجع في مزيد من التفصيل :

Sideek Mohamed, Legal Instruments to Combat Money Laundering....

وبصفة خاصة في ص ٦٧.

ب - على المستوى الوطني :

بادرت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات خاصة بمكافحة غسيل الأموال[٣١]. وكانت الولايات المتحدة الأمريكية لها الريادة في هذا الشأن بإصدارها قانون سرية الحسابات لعام ١٩٧٠ وتعديلاته المختلفة لإلزام البنوك والمؤسسات المالية بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي تعادل أو تزيد عن مبالغ معينة[٣٢]. ثم صدر بعدئذ قانون السيطرة على غسيل الأموال لعام ١٩٨٦ والذي جرَّم بعض أشكال من السلوك كالقيام أو الاشتراك في أية عملية تتضمن أو تنطوي على أموال متحصلة من مصدر غير مشروع ، ونقل

---

(٣١) لمزيد من التفصيل عن التشريعات في مجال مكافحة غسيل الأموال . راجع بصفة خاصة:

Jackie Johnson, "Blacklisting: Initial Reactions, Responses and Repercussions", Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 221-225 (Winter 2001).

أيضاً :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subergime: The Implementation of Anti-Money Laundering Policy", Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871-965 (1993).

وفي الفقه العربي ، راجع: الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال والعالم (الطبعة الأولى. ١٩٩٧ - القاهرة).

(٣٢) ويلاحظ أن قانون سرية الحسابات الأمريكي لعام ١٩٧٠ ينطبق فقط على المؤسسات المالية ويلزمها بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي تعادل أو تزيد عن مبلغ قدره عشرة آلاف دولار أمريكي. راجع:

Duncon E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٥٦-٤٥٧.

وأيضاً :

Frank O. Browman, "The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: An Analysis and Legislative History", Volume 35 Indiana Law Review, pp. 5-101 (2001).

وبصفة خاصة في ص ٣١ وما بعدها.

وتحويل تلك الأموال دولياً ، وإعادة هيكلة الإيداعات[٣٣]٠ كما قرر قانون تطوير المحاكمات عن غسيل الأموال مسئولية موظفي البنوك لمساهمتهم عن جرائم غسيل الأموال[٣٤]٠ وفي عام ١٩٩٢ صدر قانون يتبنى توصيات لجنة العمل المالية الدولية FATF لمكافحة غسيل الأموال[٣٥]٠ وفي عام

---

(٣٣) المقالة السابقة ، ص ص ٤٥٧-٤٥٨.

وكان الكونجرس قد اصدر في عام ١٩٨٤ قانون غسيل الأوراق النقدية أو ما يعرف *Laundering of Monetary Instruments*٠ ويتميز هذا القانون بنطاق تطبيقه الواسع ، إذ ينطبق ليس فقط على العمليات التي تحدث داخل الإقليم الأمريكي ، ولكن له أيضاً أثر متعدٍ للإقليم *Extra-territorial effect*٠ ويجرِّم هذا القانون عمليات نقل الأوراق المالية عبر الحدود الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من إثبات علم المتهم بأنه قام بنقل أو تحويل أوراق مالية عبر الحدود الأمريكية بالدخول أو الخروج بها لغسل الأموال٠ ولقد توسّع هذا القانون في تعريف مفهوم الأداة النقدية ليشمل الأموال السائلة (النقود) أي سواء النقود الورقية والمعدنية سواء بالعملة الأمريكية أو أي عملة أجنبية أخرى ، وكذلك الشيكات السياحية ، والشيكات الشخصية ، والشيكات المسحوبة على البنوك ، وأوامر الدفع ، وشهادات الاستثمار ، والأوراق التجارية٠ ومن جهة أخرى ، توسعت المحاكم الأمريكية في تغير عبارة "نقل تحويل الأوراق المالية" لتشمل أي حركة للأموال من أو إلى الولايات المتحدة٠ أنظر في ذلك:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem ahd Attempts to Combat it....".

المقالة المشار إليها ، ص ١٥٩ وما بعدها٠

(٣٤) وقد صدر في عام ١٩٨٨ قانون تطوير المحاكمات عن غسيل الأموال:

Money Laundering Prosecutions Improvement Act.

راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٥٩-٤٦٠.

(٣٥) ويعرف هذا القانون بـ :

Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act.

راجع : =

١٩٩٤ صدر قانون قمع غسيل الأموال بغرض دعم الحكومة الفيدرالية لرقابة عمليات تحويل الأموال ، لاسيما تلك التي تتم من خلال المؤسسات

=*Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem.....*

المقالة المشار إليها ، ص ص ٢١٤-٢١٥.

وكان السبب الرئيسي لإصدار هذا القانون هو إنهيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي ، إذ اكتشفت الحكومة الأمريكية أن ليس لها سلطة إغلاق هذا البنك في الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من إدانته بجرائم غسيل الأموال. راجع :

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها ص ص ٤٦٠-٤٦١.

وطبقاً للقانون المذكور تتعرض البنوك للإغلاق في حالة القيام بعمليات غسيل الأموال أو التورط فيها. وعليه ، يكون لبنك الاحتياطي الفيدرالي اتخاذ إجراءات إنهاء أعمال وإغلاق أي فرع لبنك أجنبي يتم إدانته في إحدى عمليات غسيل الأموال. كما يفقد البنك الأجنبي رخصة القيام بالأعمال المصرفية في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق أي فرع آخر. أضف إلى ذلك، أنه في حالة إدانة أحد البنوك الأمريكية بجريمة غسيل الأموال ، فإنه يفقد الترخيص لممارسة الأعمال المصرفية ، كما يخسر الوديعة التأمينية التي يقوم بإيداعها لدى بنك الإحتياطي الفيدرالي. وتهدف هذه العقوبات إلى تحذير وردع البنوك من التورط في عمليات غسيل الأموال. ولكي يتمكن البنك من الاحتفاظ بترخيصه وعدم ضياع وديعته التأمينية ، فإنه يجب عليه إثبات بذل أقصى درجات العناية اللازمة لمنع غسيل الأموال وذلك بإبراز اتخاذه إجراءات الحذر والاحتياطات اللازمة للحيلولة دون التورط في ذلك ، مثل إتخاذه الإجراءات الوقائية المعتادة لمواجهة غسيل الأموال ، والتعاون مع السلطات المختصة بالمكافحة للكشف عن المعاملات المشبوهة ، وعدم تورط الموظفين في تلك العمليات ، والالتزام بالأصول المصرفية المعتادة للتعرف على هوية العملاء والإمساك بالسجلات التي تبين التحويلات البرقية. راجع:

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٦١-٤٦٢ ؛ أيضاً:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem....

المقالة المشار إليها ، ص ٢١٦.

المالية غير المصرفية[٣٦]. وأخيراً ، صدر قانون PATRIOT لعام ٢٠٠١

---

(٣٦) وهذا القانون يعرف بـ :

The Money Laundering Supression Act (MLSA).

وقد أدخل هذا القانون بعض التعديلات على قانون سرية البنوك من أجل تخفيف الواجبات اللائحية على البنوك وذلك بإعفاء بعض العملاء وبعض المعاملات التي تزيد عن عشرة آلاف دولار من الالتزام بالإقرار ، وبدعم قدرة الحكومة الفيدرالية لرقابة عمليات تحويل النقود. وبصفة خاصة، يستهدف قانون *MLSA* قمع غسيل الأموال الذي يتحقق من خلال المؤسسات المالية غير المصرفية. إذ ألزم هذا القانون الولايات المختلفة بالقيام وقبل نهاية عام ١٩٩٧ بسن قوانين موحدة *Uniform Codes* للترخيص وتنظيم أعمال المكاتب والشركات التي تتولى القيام بأعمال الصرافة ، تحويل النقود ، إصدار أوامر الدفع ، الشيكات السياحية ، الشيكات القابلة للدفع وغيرها من الأوراق التجارية وذلك بقصد حماية نظم الدفع من الاختراق أو إساءة استخدامها من غاسلي الأموال.

كما تطلب قانون *MLSA* أن تقوم الولايات المختلفة بإصدار قوانين لتقرير جزاءات مدنية وجنائية في حالة عدم الالتزام بشروط تأسيس وعمل المؤسسات المالية. كما أوجب القانون تسجيل هذه المؤسسات لدى وزارة الخزانة الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من الإعلان عن أسماء المالكين أو المساهمين فيها . وتشكيل الإدارة والقائمين عليها وحجم النشاط والأعمال وغيرها من البيانات الجوهرية. كما قرر القانون عقوبة الغرامة بمبلغ قدره خمسمائة ألف دولار أمريكي في اليوم الواحد بسبب مخالفة أحكام التسجيل لدى وزارة الخزانة الأمريكية أو بسبب إعطاء بيانات غير حقيقية ، بالإضافة إلى عقوبة السجن التي قد تصل إلى خمس سنوات.

راجع: *Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Proplem..."*

المقالة المشار إليها ، ص ص ٢١٦-٢١٧.

ولقد وافق مجلس النواب الأمريكي في عام ١٩٩٨ على مشروع قانون متكامل لدرء غسيل الأموال *Money Laundering Deterance Act (MLDA)*، إلا أن هذا المشروع لم يَرَ النور لعدم إقرار مجلس الشيوخ له بسبب بعض المشكلات السياسية مع الإدارة الأمريكية في ذلك الوقت. ويستهدف هذا المشروع تطوير القوانين السابقة وزيادة فعاليتها من حيث =

والـذي اسـتهدف تشـديد العقـاب عـلى جـرائم غسـيل الأمـوال وتمويـل الإرهـاب ، ومـنح وزارة الخـزانة والهيئات الفيدرالية سلطات واسعة لمكافحة غسـيل الأمـوال٠ ويتميز هـذا القـانون باتسـاع نطـاق تطبـيقه مـن حيـث الأشخاص وبما يشمل كافة المؤسسات المالية والمتعاملين معها ، فضلاً عن الإجراءات الصارمة التي قررها للحد من العمليات المشبوهة(٣٧).

=الوسائل والتدابير التي يمكن اتخاذها لمنع الجرائم المالية٠ ومن المنتظر إعادة محاولة مناقشة وطرح هذا التشريع مرة أخرى للحصول على إقرار مجلس الشيوخ٠ أنظر:

Bruce Zagaris, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters", Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 1032-1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ص ١٠٣١-١٠٣٢.

(٣٧)ويلاحظ أن البعض يترجم عبارة *USA PATRIOT Act* بأنه "القانون الوطني" الأمريكي أخذاً بالمعنى اللغوي للكلمة٠ وهذه ترجمة غير صحيحة على الإطلاق للقانون المذكور، إذ أن *USA PATRIOT* هي اختصار لاسم القانون نفسه وهو :

"The Uniting and Strengthing America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism".

أنظر :

Bruce Zagaris, "United States Enacts Counterterrorism Act with Significant New International Provisions" Volume 17 International Enforcement Law Reporter, p 522 (December 2002).

أيضاً :

Comment, "Responding to Terrorism: Crime, Punishment and War" Volume 115 Harvard Law Review 217 (2002).

وقد تم سن قانون *PATRIOT* في أعقاب أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ بالهجوم على برجي التجارة العالمي في مدينة نيويورك٠ ويستهدف القانون المذكور بالدرجة الأولى بسط ومد الاختصاص العقابي الأمريكي ليطال البنوك الأجنبية التي تحتفظ بحسابات وسيطة *correspondant* أو *interbank* في الولايات المتحدة حيث يتطلب أن تلتزم البنوك بإجراءات صارمة لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، وإلا تعرضت لمصادرة الحسابات والأموال المشبوهة٠ كما شدد القانون المذكور العقوبات والجزاءات المدنية على =

كما صدرت في كل من انجلترا وفرنسا قوانين لنفس الغاية. فقد سنت انجلترا في عام ١٩٨٦ قانون Drug Trafficking Offense Act وهو من أقوى القوانين الأوربية لمكافحة غسيل الأموال بما تضمنه ذلك القانون من نصوص تلزم بالتحقيق في النشاطات غير المشروعة، خاصة المخدرات، والعقاب على إخفاء أو تدوير أو استثمار الأموال المتحصلة عنها، ومصادرة الأموال المشبوهة، فضلاً عن العقوبات الأخرى(٣٨). وفي عام ١٩٩٠ صدر أيضاً في انجلترا قانون التعاون الدولي في مجال العدالة الجنائية The Criminal Justice of International Cooperation للعقاب على أي سلوك أو نشاط للإخفاء أو التمويه أو الإحلال أو التحويل أو نقل العائدات لجرائم المخدرات، وبما يتطلبه ذلك من التطبيق الصارم

=المؤسسات المالية وغيرها من أشخاص تخضع للقانون في حالة التورط في غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب، فضلاً عن إجراءات دقيقة للمراقبة والإشراف للأشخاص الخاضعين له.

راجع بصفة خاصة:

Ethan Preston, "The USA PATRIOT Act: New Adventures in American Extra-territoriality" Volume 10 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 104-116 (October 2002).

كذلك:

Fletcher N. Baldwin, Jr., "Money Laundering Countermeasures with Primary Focus upon Terrorism and the USA PATRIOT Act 2001" Volume 6 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 105-136 (2002); Jackie Johnson "11th September, 2001: Will it Make a Diffence to the Global Anti-Money Laundering Movement? Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9-16 (Summer 2002).

(٣٨) راجع:

Bruce Zagaris & Sheila M.Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...."

المقالة المشار إليها، ص ص ٩٣٣- ٩٣٥.

لسياسة اعرف عميلك[٣٩]. كما سنت فرنسا عدة قوانين لمكافحة غسيل الأموال، كان أولها قانون عام ١٩٨٧ لعقاب غاسلي الأموال في مجال المخدرات، ثم في عام ١٩٩٠ باصدار قانون يجرم اشتراك أو تورط البنوك والمؤسسات المالية الأخرى كقنوات لتطهير الأموال المشبوهة، حيث فرض القانون الأخير على البنوك التزامات شديدة بغرض التعرف على العمليات المشبوهة والإخطار عنها، وأخيراً، صدر في فرنسا أيضاً في عام ١٩٩٦ تشريع باستحداث الكثير من الأحكام في مجال التجريم والعقاب على غسيل الأموال[٤٠].

وحديثاً صدرت في العديد من الدول العربية قوانين لمكافحة غسيل

---

(٣٩) المقالة السابقة، ص ٩٣٦؛ أيضاً:

Robert Wardie, "Money Laundering: A Prosecutor's Perspective", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 125-127 (Autumn 1999).

وفي التطورات الحديثة في القانون الإنجليزي في مجال مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب. راجع:

John Rhodes, "The Impact of UK Money-Laundering Legislation on Fiscal Crime", Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 117-122 (November 2000).

كذلك:

R. E. Bell, "Discretion and Decision Making in Money Laundering Prosecutions", Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 42-51.

(٤٠) *Bruce Zagaris & Sheila Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...".*

المقالة المشار إليها، ص ص ٩٣٧-٩٤٠.

راجع كذلك:

Richard Parlour, "International Guide to Money Laundering Law and Practice (Butterworths – London 1995).

وبصفة خاصة ص ٦٣ وما بعدها.

الأموال. ففي لبنان صدر قانون تبييض الأموال رقم ٣١٨ لعام ٢٠٠١ [٤١]، كما سنت مصر القانون رقم ٨٠ لعام ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال [٤٢]، كما تمت الموافقة في دولة الإمارات العربية على القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال [٤٣]. كما صدر في دولة الكويت القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال [٤٤].

(ج) جهود دولة الكويت في مكافحة غسيل الأموال :

حرصت دولة الكويت على مكافحة غسيل الأموال بالاشتراك في أعمال لجنة العمل المالية الدولية FATF من خلال دول مجلس التعاون الخليجي في عام ١٩٩٢ ، ثم بالتصديق على اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ [٤٥]. كما قام بنك الكويت المركزي بجهد واضح في هذا الخصوص ، إذ طلب

---

(٤١) قانون رقم ٣١٨ بشأن مكافحة تبييض الأموال ، الجريدة الرسمية - العدد ٢٠ في (٢٠٠١/٤/٢٦) لبنان. وقد نصت المادة السابعة عشر من القانون المذكور على أن يعمل به فور نشره في الجريدة الرسمية.

(٤٢) قانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال - الجريدة الرسمية - العدد ٢٠(مكرر) في ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢ (مصر). وقد نصت المادة الثالثة من قانون إصدار القانون المذكور على أن يعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره.

(٤٣) قانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال - الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة - السنة الثانية والثلاثون - العدد ٣٧٦ (٢٢ ذو القعدة ١٤٢٢ هجرية، الموافق ٥ فبراير ٢٠٠٢ ميلادية).

(٤٤) قانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال ، جريدة الكويت اليوم ملحق العدد ٥٥٧ - السنة الثامنة والأربعون (١٢ محرم ١٤٢٣ هـ ، الموافق ٢٠٠٢/٣/٢٦م).

(٤٥) *Money Laundering Convention ....*
من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه ، ص ١٩ وما بعدها.

إلى البنوك المحلية عام ١٩٩٣ اتخاذ ما يلزم لتطبيق عدد من التوصيات الأربعين للجنة العمل المالية الدولية FATF ، ثم أصدر تعليماته رقم (٢/ر ب/٥٠/٩٧) إلى كافة البنوك المحلية في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال والعمليات المشبوهة والتي تضمنت عدداً من الإجراءات والقواعد التي يتعين على البنوك اتباعها مع دليل الإرشادات لأنماط من المعاملات المشبوهة[٤٦].

وتوَّجت الكويت جهودها بإصدار القانون رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٢ في شأن مكافحة غسيل الأموال لتساير به الإتجاه المعاصر من المشرع في كثير من الدول[٤٧]. كما أصدر البنك المركزي في ٢٠٠٢/١٠/٢٢ التعليمات رقم (٢/رب/٢٠٠٢/٩٢) الخاصة بمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب وذلك للعمل بها من البنوك المحلية اعتباراً من الأول من ديسمبر عام ٢٠٠٢ مع دليل الإرشادات لأنماط من المعاملات المشبوهة[٤٨].

---

(٤٦) تعليمات رقم (٢/رب/٥٠/٩٧) إلى كافة البنوك المحلية في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال والعمليات المشبوهة. المؤرخة ١٧ نوفمبر ١٩٩٧.

(٤٧) جريدة الكويت اليوم ، ملحق العدد ٥٥٧ (٢٠٠٣/٣/٢٦).

(٤٨) تعليمات رقم (٢/رب/٢٠٠٢/٩٢) بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب (صادرة في ٢٠٠٢/١٠/٢٢). وراجع بصفة خاصة فقرة (٢٣) من التعليمات المذكورة، ص ١٠. كما صدر القرار الوزاري رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب (منشور بجريدة الكويت اليوم - العدد ٥٩٤ في ٢٠٠٢/١٢/٨)، وبموجب القرار الوزاري المذكور تم إنشاء لجنة وطنية لمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب برئاسة وكيل وزراة المالية وممثلين عن وزارة العدل. وزارة الخارجية، وزارة المالية، وزارة الداخلية، وزارة التجارة والصناعة، بنك الكويت المركزي. الإدارة العامة للجمارك ، =

ويضم القانون الكويتي المذكور أربعة فصول تتناول على التوالي التعريف بعمليات غسيل الأموال وجرائمها ، والتزامات المؤسسات المصرفية والمالية والجهات الحكومية ، ثم العقوبات وبعض الأحكام الخاصة ، وأخيراً التعاون الدولي•

تقسيم :

ونتناول فيما يلي بالشرح والتحليل أحكام القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٩٢/٢٠٠٢) الخاصة بمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب مقارناً بأحكام كل من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال ، والقانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن مكافحة تبييض الأموال ، والقانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال بدولة الإمارات العربية المتحدة ، وذلك في

=سوق الكويت للأوراق المالية. إتحاد المصارف الكويتية• ويناط باللجنة المذكورة رسم استراتيجية الدولة في مجال مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، ومشاريع القوانين اللازمة وتعديلها وتحديثها وإعداد اللوائح التنفيذية والتنسيق بين وزارات وإدارات الدولة في مجال مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، فضلاً عن باقي الاختصاصات والمهام الأخرى الواردة في المادة (٢) من القرار الوزاري المشار إليه• عن مكافحة تمويل الإرهاب في الفقه الغربي ، راجع :

"An Overview – Impact of Initiative Against Terrorist Property on Banks and Financial Institutions", Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control pp. 217-232 (Winter 2003).

أيضاً :

Kern Alexander, "International Legal Developments – Critical Review of Terrorist – Related Legislation and the Monitoring of New Legislation", Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 201-216 (Winter 2003).

ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : جرائم غسيل الأموال والعقاب عليها.

المبحث الثاني : التزامات البنوك والمؤسسات المالية والجزاءات.

المبحث الثالث : أنماط المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال والتحري والإبلاغ عنها.

المبحث الأول
جرائم غسيل الأموال والعقاب عليها

تمهيد وتقسيم :

أخذ المشرع الكويتي بتعريف واسع لعملية غسيل الأموال . فاقتصر على وصف العملية ذاتها دون اللجوء إلى حالات أو أمثلة لها ، وذلك على خلاف المشرع في دول أخرى كما في لبنان ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية. كما تعرض القانون الكويتي للأفعال التي يشكل كل منها جريمة غسيل أموال ، باعتبار أن هذه الأفعال أصبحت تشكل جرائم معاقباً عليها بالقانون بعقوبات محددة وشديدة وفيها إلى حد بعيد خروج على الأحكام العامة في قانون الجزاء. وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : جرائم غسيل الأموال.

المطلب الثاني : العقوبات.

المطلب الأول

جرائم غسيل الأموال

أولاً - تعريف عمليات غسيل الأموال :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ (القانون الكويتي) على أن "عمليات غسيل الأموال هي عملية أو مجموعة من عمليات مالية أو غير مالية ، تهدف إلى إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال أو عائدات أي جريمة وإظهارها في صورة أموال أو عائدات متحصلة من مصدر مشروع ، ويعتبر من قبيل هذه العمليات كل فعل يساهم في عملية توظيف أو تحويل أموال أو عائدات ناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن جريمة أو إخفاء أو تمويه مصدرها"[٤٩].

---

(٤٩) المادة (١) من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢. وقد عرّفت المادة الثانية من القانون اللبناني بشأن تبييض الأموال ذلك بأن :

"يعتبر تبييض أموال كل فعل يُقصد منه:

١- إخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر بأي وسيلة كانت . ٢- تحويل الأموال أو استبدالها مع العلم بأنها أموال غير مشروعة لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها أو مساعدة شخص ضالع في إرتكاب الجرم على الإفلات من المسئولية .

٣- تملّك الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو استخدامها أو توظيفها لشراء أموال منقولة أو غير منقولة أو للقيام بعمليات مالية مع العلم بأنها أموال غير مشروعة"٠ أما المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ ، فجاء تعريفها لغسيل الأموال بأنه: "غسل الأموال هو كل عمل ينطوي على نقل أو تحويل أو إيداع أموال أو إخفاء أو تمويه حقيقة أموال متحصلة بطرق غير قانونية ومن نشاط غير مشروع وذلك وصولاً لإظهارها على أنها نابعة من مصادر شرعية خلافاً للحقيقة"٠ كما تعرّفه المادة ١/ب من القانون المصري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٢ بأنه "كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها =

ويتضح من هذا النص أن الهدف من عملية غسيل الأموال هو قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن جريمة ما ومصدرها غير المشروع ، وذلك بأية صورة(٥٠)٠ ويكون ذلك بإخفاء هذه الأموال كتهريبها خارج حدود الدولة إلى دولة تتمتع الحسابات المصرفية فيها بالسرية التامة (٥١)، أو التمويه حول مصدرها كإنشاء شركات الواجهة ، وهي تلك الشركات التي لا تنهض بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها وتقوم بالوساطة في

=أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص منْ ارتكب الجريمة المتحصّل منها المال"٠

أما تعريف لجنة العمل المالية الدولية *FATF* لغسيل الأموال ، فهو كما يلي:

"The Conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from a criminal offence, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or affences to evade the legal consequences of such actions; the concealment or disguise of the true' nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from a criminal offence; (and) the acquisition, possession, or use of property, knowing at the time of receipt that such property was derived from a criminal offence or from an act of participation in such offence".

راجع :

FATF on Money Laundering Report II (B) (1990).

(٥٠) *Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....*

المقالة المشار إليها ، في ص ٤٣٧.

(٥١) المقالة السابقة ، ص ص ٤٤١-٤٤٢.

عمليات غسيل الأموال[52] ، أو من خلال القيام بالتصرفات العينية-كشراء المعادن النفيسة أو العقارات كخطوة أولى ، ثم التصرف فيها بالبيع مقابل الحصول على شيكات مصرفية بقيمة الأشياء المبيعة ، ثم تستخدم هذه الشيكات المصرفية لاحقاً في شكل حسابات تفتح للقائمين بالعمليات المشبوهة في البنوك المسحوب عليها تلك الشيكات لتجرى عليها العديد من التحويلات المصرفية عن طريق البنوك المذكورة بهدف طمس ملامح العمليات المشبوهة[53]. ومن ذلك أيضاً الاستخدام غير المشروع لما يعرف ببنوك الإنترنت والتي تعمل في محيط من السرية الكاملة عن طريق إدخال شفرات سرية وبما يسمح بالقيام بنقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان دون إمكانية ملاحقة القائمين بالعمليات المشبوهة أو فضح أمرهم بسهولة ، كما يلجأ غاسلو الأموال إلى ما يعرف بالكارت الذكي Smart Card والذي يسمح باختزان كميات طائلة من النقود على

---

(52) راجع :

Michael Blair, "Money Laundering Control in the Financial Regulation Context", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control pp. 102-103 (Autumn 1999).

كذلك :

William F. Bruton, "Money Laundering: Is It Now a Corporate Problem?" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9-10 (Summer 1999).

(53) راجع :

Money Laundering Convention....

المشار إليه سابقاً (من منشورات معهد الدراسات المصرفية – الكويت) وبصفة خاصة ص ص ١٠ –١٢؛ الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه ، ص ص٣٦ –٣٧؛ الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٥)، ص١١٦.

القرص Chip المثبت به والمعد لهذا الغرض ثم القيام بنقل هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون أو الجهاز المعد لذلك وبدون تدخل أي بنك في تنفيذ النقل[٥٤].

ويتصف تعريف غسيل الأموال الوارد في المادة الأولى من القانون الكويتي بالعمومية ، حيث لم يقم المشرع بتعداد العمليات المشبوهة ، وذلك على خلاف مشرعين في دول أخرى ، كالمشرع المصري والإماراتي واللبناني والأمريكي. فلقد حددت المادة الأولى من القانون اللبناني بشأن مكافحة تبييض الأموال المقصود بالأموال غير المشروعة بأنها تلك الناتجة عن زراعة المخدرات أو تصنيعها أو الاتجار بها ، الأفعال التي تقدم عليها جمعيات الأشرار المنصوص عليها في المادتين ٣٣٥ و ٣٣٦ من قانون العقوبات والمعتبرة دولياً جرائم منظمة ، جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المواد ٣١٤ و ٣١٥ و ٣١٦ من قانون العقوبات ، الاتجار غير المشروع بالأسلحة ، جرائم السرقة أو اختلاس الأموال العامة أو الخاصة أو الاستيلاء عليها بوسائل احتيالية والمعاقب عليها في القانون اللبناني بعقوبة جنائية ،

---

(٥٤) راجع بصفة خاصة :

Gorson Hutchins, "The Electronic Dimension to Money Laundering-The Investigator's Perspective", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 233-235 (Winter 2000).

أيضاً:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it..."

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٩٦-١٩٧. وراجع في استخدامات التكنولوجيا للتعتيم على غسيل الأموال:

Steven Philippsohn, "The Dangers of New Technology – Laundering on the Internet", Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 87-95 (2001).

تزوير العملة أو الاسناد العامة. كما نصت المادة ٢ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن يحظر غسل الأموال المتحصلة من جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار فيها وجرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص وجرائم الإرهاب وتمويله ، وجرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقعات والاتجار بها بغير ترخيص وكذلك صنعها وجرائم الفجور والدعارة ، والجرائم الواقعة على الآثار ، وجرائم البيئة والجريمة الدولية المنظمة في الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها ، والجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثالث والرابع والخامس عشر والسادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، وذلك كله سواء وقعت جريمة غسل الأموال أو الجرائم المذكورة في الداخل أو في الخارج بشرط أن يكون معاقباً عليها في كل من القانونين المصري والأجنبي. كما نصت المادة ٢ من القانون الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على حظر غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية ، الخطف والقرصنة والإرهاب ، جرائم البيئة ، الاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر ، جرائم الرشوة والاختلاس والإضرار بالمال العام ، جرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها ، أية جرائم أخرى ذات الصلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها[55]. كما نص القانون الأمريكي على ما يربو على مائة من النشاطات غير المشروعة: كجرائم المخدرات ، الغش ،

---

(٥٥) راجع المادة الأولى من قانون تبييض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ والمادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، والمادة الثانية من قانون تجريم غسيل الأموال الإماراتي الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.

الجاسوسية ، جرائم البيئة ٠٠٠ وغيرها من نشاطات أخرى غير مشروعة[٥٦].
وفي هذا الخصوص ، فإن الموقف الذي اتخذه المشرع الكويتي ، بوضع تعريف عام لعمليات غسيل الأموال ، يتيح مرونة معقولة في التعرف على عملية غسيل الأموال طالما كانت ناتجة من مصدر غير مشروع ، إلا أنه منتقد في مجال التجريم والعقاب ؛ الأمر الذي كان ينبغي معه أن تكون الجريمة محددة وواضحة٠

ثانياً - جريمة غسيل الأموال :

أ - السلوك المادي للجريمة :

تنص المادة الثانية من القانون الكويتي على الأفعال التي يشكل أياً منها جريمة غسيل أموال٠ وتتضمن هذه الأفعال صور السلوك المادي المكون للجريمة والذي يتمثل في واحد من ثلاثة أشكال :

١- إجراء عملية غسيل الأموال ، وبما يشمل أي عمل يهدف إلى

---

(٥٦) أنظر:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem ...."
المقالة المشار إليها ، ص ١٥٩ وما بعدها ؛

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations....
المقالة المشار إليها ، ص ٤٤١-٤٤٣.

Betty Santangelo & Marc E. Elovitz, "Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer to Do?" (Practising Law Institute – Corporate Law and Practice Course Handbook Series (April 1998) p. 293. R.E. Bell, "Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organized Crime", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control pp. 104-112 (Autumn 1999);
Pedro R. David Mercosur, "Organized Crime, Money Laundering and Harmonization of Legislation" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999).

إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال أو عائدات أية جريمة.

٢- نقل أو تحويل أو حيازة أو احراز أو استخدام أو الاحتفاظ أو تلقي الأموال المتحصلة من الجريمة أو من الاشتراك فيها. ويقصد بالنقل: النقل المادي، أي حمل الأموال بغرض تغيير مكان الأموال غير المشروعة المصدر. ومثال ذلك، التهريب، وهو أبرز الأساليب التي يتم بها غسيل الأموال، إذ يقوم المتورطون في العمليات الإجرامية بتهريب المتحصلات النقدية من جرائمهم بأنفسهم أو عن طريق آخرين خارج البلاد. وكان ذلك يتم بأساليب بسيطة مثل إخفاء النقود الورقية في الجيوب السرية للحقائب أو بوضعها في علب حفاضات الأطفال، وغيرها من الطرق التي تؤدي إلى نقل الأموال خارج البلاد إما بحراً أو جواً، بل إنه يمكن القيام بتهريب الأموال بإرسالها بالبريد خارج البلاد[٥٧]. ولقد حرصت الكثير من

---

(٥٧) راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions...."

المقالة المشار إليها، ص ص ٤٤١-٤٤٢؛ كذلك :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it..."

المقالة المشار إليها. ص ص ١٥٦-١٥٧.

وعلى الرغم من أن التهريب هو أقدم وأبسط الطرق التي ابتكرها غاسلو الأموال، إلا أنه مازال مستخدماً على نحو واسع حتى في أكثر البلاد تقدماً من الناحيتين التكنولوجية والأمنية كالولايات المتحدة الأمريكية. إذ يقدر حجم المبالغ التي يتم تهريبها خارج الولايات المتحدة بنحو خمسين مليار دولار سنوياً. ومن طرائف عمليات تهريب الأموال التي تتم في الولايات المتحدة أن نفس الأموال التي يتم تهريبها منها تعود إليها مرة أخرى، ولكن في هذه المرة مطهرة. إذ يقوم المهرب مثلاً بعبور حدود الولايات المتحدة إلى المكسيك، ثم يعود مرة أخرى إلى الولايات المتحدة الأمريكية من منفذ قانوني ويعلن لسلطات الجمارك =

الدول على مقاومة التهريب كوسيلة لغسيل الأموال عن طريق تعزيز الرقابة الجمركية في المنافذ وعلى الحدود ، وبتجريم عدم الإفصاح عما يحمله المسافر من نقود أو أموال إذا تجاوزت حدوداً معينة ؛ فمثلاً ينبغي على المسافر إلى الولايات المتحدة أن يملأ إقراراً بمبالغ النقود التي يحملها إلى البلاد إذا زادت على عشرة آلاف دولار (٥٨)، كذلك تنص المادة الرابعة

=فيها عن المبالغ التي بحوزته ليكون دخوله بها قانونياً ، ثم يقوم هذا المهرب بإيداع هذه المبالغ في البنوك الأمريكية ، ولا يلتزم حينئذ بالكشف عن مصدر هذه الأموال أو ملأ الطلب البنكي الخاص بذلك ، إذ أن دخوله بالأموال إلى الولايات المتحدة حصل بطريقة قانونية. ثم يعمد هذا المهرب إلى التصرف في هذا المبلغ بالطريقة التي تروقه: إما باستثماره داخل الولايات المتحدة ، أو إعادة تحويله بنكياً إلى بلد آخر. ولقد اتبع المهربون هذه الطريقة بنجاح بالغ، لدرجة أنه في بلدة *Brownsville* بولاية تكساس والتي لها حدود مع المكسيك، وصلت قيمة الأموال المهربة فيما بين عام ١٩٨٨-١٩٩٠ إلى ثمانية مليارات دولار ، وبلغت خمسة مليارات في مدينة *Nogalos* بولاية أريزونا ، ونفس الرقم الأخير تحقق تقريباً في مدينة سان ديجو بولاية كاليفورنيا.

راجع:

Scott Sultzer, "Money – Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it..."

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٨٦-١٨٧.

(٥٨) وطبقاً لقانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠ في الولايات المتحدة ، فإنه ينبغي تقديم تقرير عن العملة أو الأوراق التجارية التي يتم جلبها إلى الولايات المتحدة أو تلك التي تخرج منها ، وذلك إذا زادت قيمة المبلغ عن عشرة آلاف دولار. ولقد قررت المحاكم الأمريكية في مناسبات عديدة أن تفتيش الحقائب والأمتعة الشخصية في المطارات وفي منافذ الدخول والخروج على الحدود الأمريكية لا يتطلب الحصول على إذن خاص. راجع:

Kimberly Anne Summe, "The Battle Against Money Laundering: An Examination of U.S. Law, International Cooperative Efforts and Corporate Governance Issues", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 236-244 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ، ٢٣٧.

من القانون الكويتي على أنه "يجب على كل شخص عند دخوله البلاد أن يبلغ السلطات الجمركية عما بحوزته من عملات وطنية أو أجنبية أو سبائك ذهبية أو أي أشياء ثمينة أخرى وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير المالية"[٥٩]. ولم يصدر حتى اليوم قرار وزير المالية المشار إليه. كما تعاقب المادة (١٣) من ذات القانون من يخالف أحكام المادة (٤) بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين[٦٠].

ومن صور السلوك المادي لجريمة غسيل الأموال استخدام التحويل البرقي للنقود Wire Transfer ، والذي قد يلجأ إليه غاسلو الأموال بسبب بعض الثغرات التي كانت تعتري هذا النظام. ذلك أن كثيراً من البنوك ليست أعضاء في نظام Fedwire ، كما أن عدداً قليلاً منها عضو في نظام CHIPS وهو عبارة عن عملية غرفة مقاصة تسوية في نهاية اليوم المصرفي[٦١]. ويترتب على ذلك، أنه يتعين على معظم البنوك استخدام ما يعرف بنظام SWIFT للتصريح بإجراء المعاملات المالية برقياً ، أي استخدام البنوك المراسلة لإتمام عملية التحويل[٦٢]. ووفقاً لنظام سويفت ،

---

(٥٩) المادة (٤) من قانون مكافحة غسيل الأموال الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٦٠) المادة (١٣) من القانون السابق.

(٦١) *Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....*

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٦٤-٤٦٥.

(٦٢) المقالة السابقة ، ص ٤٦٤. وفي التفرقة بين مفهوم نقل الأموال وتحويل الأموال ، راجع: الدكتورة هدى حامد قشقوش . جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي (دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨) وبصفة خاصة في ص ص ٢٣-٢٤.

فإن البنك الذي يقوم بتنفيذ التحويل لا يعلم الغرض من التحويل ، إذ أن البنك المصرح وحده هو الذي يقع عليه واجب التحري عن غرض العميل. وعليه ، فإن التحويلات الصادرة عن طريق بنوك أجنبية غالباً ما كانت تخلو من اسم العميل ، إذ تقتصر على ذكر عبارة "إن عميلنا يرغب في تحويل مبلغ ٠٠٠٠ إلى عميلكم"[٦٣]. وأدرك غاسلو الأموال أن بإمكانهم استخدام نظام التحويل البرقي لإيداع النقود لدى البنوك في الخارج ، وذلك دون الحاجة إلى الإعلان عن أسمائهم. وبعد أن يتم إيداع النقود لدى البنوك ، يقوم هؤلاء الأشخاص بعدئذ بتحويلها برقياً مرة أخرى إلى حسابات شركة من شركات الواجهة ، مثلاً يمتلكونها خارج البلاد في بلد يأخذ نظامه بالسرية المصرفية المطلقة ، ولا يسمح لأحد بالاطلاع على دفاترها أو الكشف عن حقيقة عملاء البنك أو تتبع حركة الحسابات داخل البنوك. ثم تقوم شركات الواجهة بالاقتراض من أحد البنوك بضمان ما سبق إيداعه بحسابها ، وذلك بغرض إعادة الأموال مرة أخرى إلى المهربين[٦٤]. أضف إلى ذلك أن نظام التحويلات البرقية نفسه لا يسمح بالتعرف على طبيعة العملية موضوع التحويل ، لاسيما وأن عمليات التحويل قد تتم عن طريق تدخل أكثر من بنك مراسل Correspondant Bank ، وبحيث لا يكون في مقدور البنك المراسل أو حتى البنك الأخير في سلسلة عملية التحويل التحري عن موضوع أو الغرض من العملية بالنظر

---

(٦٣) المقالة السابقة ، ص ٤٦٤-٤٦٥.

(٦٤) المقالة السابقة ، ص ٤٦٥. وقارب في نفس المعنى : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم . المرجع المشار إليه . ص ص ٣٨-٣٩ ؛ أيضاً الدكتور ماجد عمار . السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال . المشار إليه . ص ص ٩٩-١٠٠.

إلى السرعة الفائقة التي تتم بها عمليات التحويل البرقي للنقود ، وبما يشجع غاسلي الأموال على استخدام هذه الوسيلة لنقل أموالهم عبر المؤسسات المالية. وللتحري عن عمليات غسيل الأموال ، فإنه كان ينبغي على السلطات المختصة الاتصال بكل بنك تدّخل في التحويل لتجميع المعلومات عن العملية المشبوهة : ولا شك أن هذا أمر في غاية الصعوبة ، خاصة أن البنوك التي تشترك في التحويلات عادة ما تكون كائنة في أقاليم ودول مختلفة. وعلاوة على ذلك ، فإن التحويلات البرقية تتم وفقاً للنموذج الذي يضعه كل بنك ، وهي نماذج تختلف من بنك لآخر ولاسيما فيما يتعلق بالشكل والأرقام والرموز المستخدمة Codes وبما يتطلبه ذلك من التدريب على حل الشفرة التي يستخدمها كل بنك. ويزيد الأمر صعوبة ، أن التحويلات البرقية ، وعلى خلاف الشيكات ، يتم تسويتها بسرعة فائقة. كما أن غاسلي الأموال غالباً ما يقومون بإرسال تحويلاتهم البرقية عن طريق بنوك في دول تتميز بقوانين للسرية المطلقة للحسابات المصرفية، وبذا يصبح التحري عن مصدر أو حقيقة هذه الأموال غاية في الصعوبة. ويزيد الأمر تعقيداً ، أن البنك المتلقي لامر التحويل قد يكون بنكا صغيرا ، فيضطر الى الاستعانة ببنك مراسل كوسيط لاستكمال تنفيذ أمر التحويل في بلد آخر ، وقد يكون هذا البنك الوسيط هو نفسه ليس عضواً في إحدى شبكات التحويل البرقي ، فيضطر إلى الاستعانة ببنك مراسل آخر عضو في الشبكة وبما يضفي مزيداً من الصعوبات على سلطات مكافحة غسيل الأموال[٦٥].

---

(٦٥) راجع :

ولقد فطنت البنوك إلى الثغرات في نظام التحويلات البرقية ، حيث تبنت اللوائح التي تسمح لها بالاحتفاظ ببيانات معينة عن العميل وعن العملية. وعادة ما تستوجب هذه اللوائح قيام البنك بالتحري الدقيق للبيانات التي تتعلق بشخصية وتحديد هوية الآمر ، سواء كان عميلاً دائماً Established Customer أو عميلاً عابراً Occasional Customer وذلك بالتحقق من وثيقة هويته وغيرها من أوراق ومستندات. كما يتعين على البنك المصدر أن يرسل، مع رسالة التحويل البرقي ، كافة المعلومات المتاحة لديه عن العميل ، وعن ظروف العملية إلى البنك المستقبل أو البنك الوسيط بحسب الأحوال(٦٦). ولكن لا يلتزم البنك المصدر أن يتحرى أو يصادق على المعلومات التي تخص المستفيد ، ومع ذلك إذا توفرت لديه هذه المعلومات ، كان عليه بثها مع رسالة التحويل البرقي. وفي كل الأحوال ، يقع على بنك المستفيد واجب التحقق من شخصية المستفيد النهائي ، وذلك إلى أكبر درجة ممكنة وطبقاً للسجلات التي يحتفظ بها هذا البنك. كما يجب على البنوك الوسيطة في العملية أن تحتفظ هي الأخرى بسجلات كاملة عن التحويل وأن تقوم بنقل هذه المعلومات إلى البنك أو البنوك التالية في العملية. ولكن يلاحظ أن البنوك الوسيطة ليس عليها التزام بالتحري عن صحة هذه المعلومات. ومن

=*Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....*

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٦٤-٤٦٥.

(٦٦) راجع :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it....."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٢٢٤-٢٢٥.

الجدير بالذكر أن هذه القواعد تسري أيضاً على المؤسسات المالية غير المصرفية ، كشركات الصرافة[٦٧].

وقد يتمثل السلوك المادي للجريمة ، بجانب النقل أو التحويل في إحراز أو استخدام أو احتفاظ أو تلقي الأموال المشبوهة ، فيما لو توافر العلم بأن هذه الأموال متحصلة عن جريمة أو من فعل من أفعال الإشتراك

---

(٦٧) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٦ – ٢٣٠.

ولتعزيز أهمية الحصول على المعلومات المتعلقة بهوية المرسل في عملية التحويل البرقي ، فلقد ابتكرت *SWIFT* نموذجاً جديداً هو *(MTIO3)* والذي بدأ العمل به من نوفمبر عام ١٩٩٧. ويعمل هذا النموذج في ظل نظام بث معين ، كما يحتوي على كل البيانات المتعلقة بالمرسل والمتلقي أو المستفيد. كما أصدرت *SWIFT* دليل إرشادات للبنوك والمؤسسات المالية لكيفية استخدام نظام التحويلات البرقية. راجع:

Bruce Zagaris, "A Brave New World: Recent Development in Anti-Money Laundering and Related Litigation: Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 1023-1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ص ١٠٣١ –١٠٣٢.

وفي شرح لأنظمة التحويل البرقي ، راجع :

Lee R. Sneddon, "The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/ CHAPS/ FEDWIRE and the Regulations on Capital Adequacy and Money Laundering", pp 9-24 (Funds Transfers in International Banking – editor: Charles del Busto, 1992).

ويلاحظ في هذا الخصوص أن تعليمات بنك الكويت المركزي تقضي بأنه "بالنسبة إلى التحويلات الإلكترونية الداخلية والخارجية ، يجب أن تتضمن مستندات التحويل على اسم الشخص أو الجهة المحولة ورقم حسابه (في حالة التحويل من حساب) أو رقم الهوية (في حالة عدم التحويل من حساب) ، المبلغ ، اسم وعنوان الشخص أو الجهة المستفيدة ورقم حسابه (في حالة التحويل إلى حساب) ، وأنه في حالة عدم توافر تلك البيانات تمتنع البنوك من إجراء التحويل المطلوب". راجع تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٩٢/ ٢٠٠٢) ص ٥.

فيها. وعليه ، قد تتعرض البنوك للمساءلة حال تلقيها أو قبولها أموالاً تعلم عند تلقيها أو قبولها أنها متحصلة عن فعل إجرامي أو عند حيازتها أو استعمالها لهذه الأموال بأي شكل من الأشكال(٦٨).

٣- إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها :

ومن أمثلة الإخفاء والتمويه ، ما يعمد إليه غاسلو الأموال ، وبالذات في العمليات الدولية المنظمة ، إلى إنشاء شركات أجنبية يطلق عليها في بعض الأحيان الشركات الصورية Shell Companies أو شركات الواجهة Front Companies . وهذه الشركات لا تنهض بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها أو أنظمتها الأساسية ، بل تقوم بالوساطة في عمليات غسيل الأموال(٦٩). وعادة ما يصعب تعقب النشاط غير المشروع لهذه الشركات ، وخاصة إذا كانت تقوم في ذات الوقت بجانب من العمليات المشروعة كنوع من التمويه لإخفاء عملياتها غير المشروعة الأخرى(٧٠).

---

(٦٨) راجع :

Michael Levi, "New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (Winter 2000).

(٦٩) راجع :

Michael Blair, "Money Laundering Control in the Financial Regulation Context", Volume 3 No, 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102-103 (Autumn 1999).

أيضاً :

William F. Bruton, "Money Laundering: Is it Now a Corporate Problem? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9-10 (Summer 1999).

(٧٠) *Michael Blair, "Money Laundering Control....."*

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٠٢.

وعادة ما يصعب تعقب النشاط غير المشروع لهذه الشركات ، وخاصة إذا كانت تقوم في ذات الوقت بجانب من العمليات المشروعة كنوع من التمويه لإخفاء عملياتها غير المشروعة الأخرى(٧١)٠ وعلاوة على ذلك ، فإن هذه الشركات لا تخضع في بلاد كثيرة لنفس درجة الرقابة التي تخضع لها البنوك أو لإجراءاتها في العمل٠ وغالباً ما تلبس هذه الشركات ثوب شركات السياحة ، شركات الاستيراد والتصدير ، شركات التأمين ، شركات محلات المجوهرات الكبرى ٠٠٠ الخ (٧٢)٠ ويحصل غسيل الأموال عن طريق شركات الواجهة بأساليب عديدة٠ فقد يقوم المتورطون في غسيل الأموال بشراء الشركات الخاسرة أو التي على شفا الإفلاس أو في مرحلة التصفية (كشركات الصرافة ، أو سلسلة مطاعم ، أو سلسلة فنادق مثلاً) ، ثم يقومون بدعمها مالياً بغرض إقالتها من عثرتها وبهدف إنجاحها كخطوة لتعظيم إيراداتها المالية ليكون ذلك ستاراً على أموالهم غير النظيفة٠ والطريف في الأمر ، وإحكاماً لحلقات التمويه ، أن هذه الشركات عادة ما تقوم بسداد كافة التزاماتها المالية في ظل القانون الوطني الذي تنشأ أو تمارس نشاطها في ظله ، لاسيما تلك الالتزامات التي تتعلق بسداد الضرائب ، وحتى لا تثور الشكوك حولها أو حول ثرواتها المفاجئة(٧٣)٠

---

(٧١) في نفس المعنى : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه، ص ٣٨.

(٧٢) *Scott Sultzer, "Money Launderign: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it...."*

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٩٢-١٩٣.

(٧٣) قارب: الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه ، ص ص ٣٨-٣٩.

ومن صور التمويه الذي تقوم به شركات الواجهة لغسيل الأموال ما تقوم به إحدى هذه الشركات من شراء بضائع من شركة أجنبية بسعر منخفض والسعر الحقيقي في حساب سري للشركة الآمرة في أحد البنوك الأجنبية لدولة تفرض سياجاً محكماً للسرية على الحسابات المصرفية. أو ما تقوم به شركة من الشركات المذكورة بتوظيف الأموال غير النظيفة في شركات التأمين ويكون ذلك مثلاً بشراء وثيقة تأمين ذات قسط سنوي Single Premium annuity ولصالح شخص باسم مزيف أو باسم شركة أخرى ، وعلى أن يقوم من صدرت الوثيقة لصالحه بإلغائها بعد فترة وجيزة ، مع الالتزام بالشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد التأمين بسبب إنهاء الوثيقة قبل موعدها. ثم تقوم شركة التأمين برد مبلغ قسط التأمين بأكمله إلى المؤمن له بشيك أو بإرسال هذا المبلغ بناء على طلب صاحب المصلحة إلى حسابه الخاص لدى أحد البنوك وبذلك تنتفي الشبهة حول عدم مشروعية هذا المال ، لأنه يجد مصدره في عقد التأمين نفسه[٧٤]. وقد تنشأ شركة تأمين خارج الإقليم Off shore لكي يتم استخدامها في عمليات إيداع وتوظيف وترقيد وإدماج الأموال غير النظيفة ، وبحيث تعمل هذه الشركات في ظل قوانين الدول التي لا تتطلب رقابة صارمة على أعمال شركات التأمين. وتتولى هذه الشركات التأمين لصالح غاسلي الأموال ، وبحيث تتلقى الأموال غير النظيفة كأقساط لوثائق التأمين. وفي نفس الوقت تحرص هذه الشركات على خلق نظام محاسبي جيد كي تظهر

---

(٧٤) *Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it....*

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٣ هامش ٢١٣.

بمظهر الشرعية ، ثم يقوم غاسلو الأموال بتقديم مطالبات زائفة سبق ترتيبها مع شركات التأمين نفسها لتقوم هذه الأخيرة بدفع التعويضات التأمينية ، وبذلك تنقطع الصلة بين الأموال المشبوهة ومصدرها غير المشروع[٧٥].

ومن الأساليب المستخدمة في التعتيم على مصدر الأموال غير النظيفة ما يعرف بعملية "الدفع من خلال الحساب" Payable through account or pass through account حيث يقوم بنك أجنبي بفتح حساب لدى أحد البنوك المحلية مثلاً ، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنك الأجنبي لإدارة نشاطهم المشبوه عن طريق سحب شيكات عليه ، أو إيداع الأموال فيه ثم نقلها بعد ذلك إلى البنك الأجنبي في الخارج . ومن الأساليب أيضاً ما يعرف "بالقرض مقابل الحساب" Counterbalancing Loan schemes ويكون ذلك بإيداع الأموال غير النظيفة في حساب مصرفي خارج البلاد مع استخدام رصيد ذلك الحساب كضمان للحصول

---

(٧٥) المقالة السابقة . ذات الصفحة .

* ويتطلب القيام بعمليات غسيل الأموال من خلال شركات الواجهة مساعدة من بعض المؤسسات الماليةوذلك للقيام بالتحويلات النقدية واستبدال العملات . ولما كان القيام بذلك يصطدم بآليات العمل المصرفي بما فيها رقابة البنوك المركزية . فلقد آل القيام بهذا الدور إلى شركات الصرافة وشركات السمسرة في بورصات الأوراق المالية . ومن خلال هذه المؤسسات غير المصرفية ، تستطيع شركات الواجهة التعامل مع البنوك الكبرى في أي مكان في العالم .

راجع في هذا الخصوص:

Betty Santangelo & Marc E. Elovitz, "Money Laundering and Suspicious Activity Reporting : What's a Broker-Dealer to Do? (Practising Law Institute – Corporate Law and Practice Course Handbook Series (April 1998).

وبصفة خاصة في ص ص ٢٩٦–٢٩٧.

على قرض في بلد آخر[٧٦].

ومن الأساليب التكنولوجية الحديثة التي قد يسئ غاسلو الأموال استعمالها في غسل الأموال ما يعرف بالكارت الذكي Smart Card ، وهو تكنولوجيا نشأت في انجلترا وامتد العمل بها في الولايات المتحدة الأمريكية ودول أخرى كثيرة . ويعتبر الكارت الذكي كثير الشبه بكارت الدين Debit card؛ والفارق بينهما ، هو أن الكارت الذكي يقوم بصرف النقود التي كان سبق تحميلها من العميل مباشرة إلى القرص المغناطيسي عن طريق ماكينة تحويل آلية Automatic Transfer Machine (ATM) أو أي تليفون معد لهذا الغرض[٧٧]. ويزيد الأمر خطورة أن للكارت الذكي خاصية الاحتفاظ بمبالغ ضخمة على القرص الخاص به Chip ، ثم يمكن بسهولة نقل هذه الأموال الكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون الخاص بذلك ، وبدون تدخل أي بنك. وبهذا يكون استخدام الكارت الذكي بمنأى عن إشراف أو مراقبة أية جهة[٧٨].

---

(٧٦) *Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it...."*

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٥٠-١٥١.

(٧٧) المقالة السابقة ، ص ١٩٧.

(٧٨) المقالة السابقة ، ص ١٩٧. ومن أهم وأخطر الوسائل التكنولوجية الحديثة ما يعرف بنظام *Cyberbanking* أو البنوك عبر الإنترنت ، وهي ليست في الواقع بنوكاً بالمعنى الفني الشائع والمألوف ، إذ هي لا تقوم بقبول الودائع مثلاً أو تقديم التسهيلات المصرفية أو غيرها من العمليات المصرفية المعتادة ، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيوع . فيقوم المتعامل مع *Cyberbanking* بإدخال الشفرة السرية من أرقام أو خلافه وطباعتها على الكمبيوتر *Encryption* ومن ثم يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يأمر بها الجهاز. وهذه الوسيلة تتيح لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من=

=الأموال بسرعة وأمان. فهذه البنوك تعمل في محيط من السرية الشاملة، إذ لا يكون المتعاملون فيها معلومي الهوية، أضف إلى ذلك أن هذه البنوك غير خاضعة لأية لوائح أو قوانين رقابية. ويرتفع الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن الحدود الوطنية ليست عائقاً أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية ودون إمكان تعقبها. وعليه. فقد أصبح القيام بمرحلتي الاندماج والترقيد لغسيل الأموال أكثر يسراً وسهولة من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة (أي التحويل عبر الإنترنت) إذ يتمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدتهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً. ومما يزيد الأمر هلعاً أن بنوك عبر الإنترنت *Cyberbanking* يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية ودون أن تتوقف وذلك من خلال بعض الرسائل الإلكترونية السريعة *Phontom electronic forwarding addresses* وذلك بهدف تجنب أي ملاحقة أو افتضاح لأمرها.

ولقد كان موضوع بنوك الإنترنت *Cyberbanking*، لخطورته. محط اهتمام الحكومة الأمريكية، والتي قامت في عام ١٩٩٣ باقتراح خطة لإنشاء نظام *Encryption* موحد على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية يعرف باسم *Clipper-Chip* لتعميمه على جميع أجهزة الكمبيوتر التي تقوم بنقل البيانات. وبمقتضى هذا النظام يمكن السماح لإشارات *Encreption* بالمرور عبر الإنترنت وبحيث تحتفظ الحكومة الفيدرالية بمفتاح لفك الشفرة للعمليات المشكوك في أمرها والتي تمر عبر شبكة الإنترنت. ولكن هذه الخطة فشلت فجأة، لقيام شخص أمريكي بابتكار برنامج آخر يطلق عليه "بريتي جود بريفسي" *Pretty Good Privacy (PGP)* أو ما يمكن أن يطلق عليه بتصرف "نظام الخصوصية المحكم" وهو نظام لا يمكن لأي شخص أو للحكومة الفيدرالية الأمريكية نفسها فك رموزه. ولقد انتشر برنامج *PGP* بصورة كبيرة في جميع أنحاء العالم على الإنترنت.

ولقد أنشأت الحكومة الأمريكية قوة عمل *Task force* لكي تتعامل مع هذه المشكلة وتواجهها، ويمكن لهذه القوة التعاون والتعامل مع الهيئات الصناعية المختلفة من أجل إيجاد وسائل بديلة فعالة لفك رموز *PGP*، ولكن لم تنجح إلى الآن مجهودات الحكومة الأمريكية في هذا الخصوص.

راجع بصفة عامة:

Gorson Hutchins, "The Electronic Dimension to Money Laundering – The Investigator's Perspective", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 233-235 (Winter 2000).

وراجع بصفة خاصة:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem.....

المقالة المشار إليها. ص ص ١٩٥-١٩٧.

ب - الركن المعنوي :

جريمة غسيل الأموال جريمة عمدية ، إذ يشترط لقيامها أن يتوافر الركن المعنوي إلى جانب وقوع أحد الأفعال المتقدمة التي تشكل السلوك المادي للجريمة[٧٩]. والركن المعنوي ، أي القصد ، ينبني على العلم الخاص بأن الأموال محل الفعل المادي لعملية غسيل الأموال متحصل عليها من جريمة أو متحصل عليها من فعل من أفعال الاشتراك في جريمة. لذلك تشترط المادة الثانية من قانون غسيل الأموال صراحة ضرورة توفر ذلك العلم. ويلاحظ في هذا الخصوص اتساع معنى "العلم" Knowledge، فلا يشترط أن يعلم البنك مباشرة بعدم مشروعية المصدر للأموال المشبوهة، بل يكفي لتوفر هذا العلم أن يكون من الممكن استخلاصه من مجموع الظروف الموضوعية التي تحيط بالواقعة نفسها ، وذلك فيما إذا كانت العملية المصرفية أوا لمالية مثيرة للريبة بصورة جلية من خلال ظروف

---

(٧٩) في شرح الركن المعنوي لجريمة غسيل الأموال ، راجع : الدكتور سليمان عبدالمنعم ، "مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة " (دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٩) ، وبصفة خاصة ص ص ١٣٥-١٥٤.

ومع ذلك ، يلاحظ أن بعض القوانين لا يشترط "العلم" لقيام تلك الجريمة ، وإنما يكتفى في ذلك بتوفر وصف الإهمال *Negligence* في سلوك مرتكب الجريمة ، أنظر في هذا الخصوص:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...."

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة ، ص ص ٩٠٨-٩٠٩.

الحال[80]. وعليه، يتمثل الركن المعنوي لجريمة غسيل الأموال في العلم أي بانصراف إرادة الشخص إلى ارتكابها، كما يتعين توافر علم الجاني بكون الأموال أو العوائد التي يحصل تحويلها أو حيازتها أو إخفاؤها هي من مصدر غير مشروع[81].

---

(٨٠) وعلى سبيل المثال، أصدر المجلس الوزاري للسوق الأوربية المشتركة توصية: بأن "العلم" أو "النية" في نشاط غسيل الأموال يمكن أن تستخلص من الظروف الواقعية الموضوعية *Objective factual circumstances*، راجع:

Berta Esperanza Hernandes, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 235-304 (Winter, 1993).

وبصفة خاصة في ص ٢٨٤. وعليه، يتعين على البنوك والمؤسسات المالية لكي لا تقع تحت طائلة المسئولية - أن تتخذ التدابير المعقولة للتحقق من هوية الأشخاص المتعاملين معها في عملياتهم المصرفية المتنوعة كفتح الحسابات والتحويلات، وإيجار الخزائن الحديدية والتحويلات الإلكترونية للنقود وإجراء المعاملات النقدية ذات الحجم الكبير، لاسيما وأن هذه العمليات كسائر العلاقات المصرفية تبنى على الثقة والاعتبار الشخصي إلى حد كبير. فاتخاذ هذه التدابير من شأنه نفي تورط أو مساهمة البنك أو المؤسسة المالية بأي شكل من الأشكال في النشاط الإجرامي: وبصفة خاصة. يتعين على البنوك وغيرها من مؤسسات مالية إبلاغ الجهات الحكومية المختصة عن العمليات المشبوهة. فإذا لم يحدث ذلك الإبلاغ في الوقت كان من الجائز إنعقاد المسئولية الجنائية للبنك أو المؤسسة المالية. راجع:

"Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...."

المقالة المشار إليها، ص ص ٩٠٩-٩١٠؛ كذلك:

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations...."

المقالة المشار إليها، ص ص ٤٥٨-٤٥٩، وأيضاً ص ٤٦٣.

(٨١) راجع نص المادة (٢) من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢. وفي شرح الركن المعنوي لجريمة غسيل الأموال في اتفاقية فيينا وفي القانون النموذجي. راجع: الدكتورة هدى حامد قشقوش، جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي. المشار إليه، ص ص ٢٨-٣٥.

وطبقاً للقانون الكويتي ، فإن جريمة غسيل الأموال من الجرائم المستمرة. ويترتب على ذلك أن الركن المعنوي للجريمة يتوفر متى علم الشخص بمصدر الأموال غير المشروع في أية لحظة ، حتى ولو كان العلم لاحقاً لحيازته لهذه الأموال ، أي حتى ولو كان حسن النية وقت اكتسابه أو حيازته للأموال ذات المصدر غير المشروع[٨٢]. ومع هذا ، فإن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ تأخذ بغير ذلك ، إذ تستلزم توفر العلم وقت تسليم الأموال فقط. ومن ثم تنتفي جريمة غسيل الأموال - وفقاً للاتفاقية المذكورة - إذا كان الشخص حسن النية وقت تسلمه أو حيازته للأموال حتى ولو توافر فيما بعد علمه بالمصدر غير المشروع للأموال[٨٣].

ويدخل في نطاق التجريم طبقاً للمادة الثانية من قانون غسيل الأموال الكويتي ، الشروع في ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في هذه المادة ، أي البدء في تنفيذ أحد هذه الأفعال دون أن يتم لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها ، وكذلك الاشتراك في الجريمة.

(٨٢) المادة (٢) المشار إليها سابقاً من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ ، وأيضاً المادة (٣) فقرة (٤) من ذات القانون.

(٨٣) المادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨.

المطلب الثاني

العقوبات

أولاً - عقوبة جرائم غسيل الأموال :

أ - الحبس :

تنص المادة السادسة من قانون غسيل الأموال الكويتي على معاقبة كل من يرتكب جريمة من جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون المذكور بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات ، وذلك مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر [٨٤] . وتشديداً للعقاب ، فقد نصت المادة السابعة من ذات القانون على مضاعفة عقوبة الحبس ، أي مدة الحبس ، فيما إذا تمت إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية من خلال مجموعة منظمة كعصابات غسيل الأموال والمنظمات الإرهابية . كما تضاعف عقوبة الحبس أيضاً إذا ارتكب الجاني جريمته مستغلاً سلطة وظيفته أو نفوذه[٨٥] .

---

(٨٤) المادة (٦) فقرة أولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢م.

(٨٥) المادة (٧) من القانون المشار إليه سابقاً . أما المادة (١٤) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، فتنص على أن "يُعاقب بالسجن مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة كل من ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون ..." . كما تنص المادة (١٦) من القانون المصري المذكور على أنه "في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يُعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته ..." . =

ب - الغرامة

فضلاً عن عقوبة الحبس المشار إليها ، تنص المادة السادسة من القانون المذكور على عقوبة الغرامة لكل من يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية٠ ويجب ألا تقل الغرامة المحكوم بها عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة وألا تزيد على كامل قيمة هذه الأموال[٨٦]٠ وطبقاً للمادة السابعة من القانون تضاعف عقوبة الغرامة بما لا

= أما المادة الثالثة من قانون تبييض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ ، فتنص على أن "يعاقب كل من أقدم أو تدخل أو اشترك بعمليات تبييض أموال بالحبس من ثلاث إلى سبع سنوات٠٠٠"٠ كما تنص المادة (٣) من القانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية على أن "يعاقب كل من يرتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في البند (١) من المادة (٢) من هذا القانون بالحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالغرامة٠٠٠٠"٠

(٨٦) المادة (٦) الفقرة الأولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢. أما المادة الثالثة من القانون اللبناني فتنص على غرامة لا تقل عن عشرين مليون ليرة لبنانية لمن يرتكب أو يتدخل أو يشترك في أي من جرائم غسيل الأموال٠ أما القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال المذكور . فإنه ينص على غرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة على كل من ارتكب أو شرع في إرتكاب إحدى جرائم غسل الأموال المنصوص عليها في ذلك القانون٠ كما تنص المادة (١٣) من القانون الإماراتي الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على عقوبة الغرامة التي لا تجاوز ٣٠٠ر٣٠٠ ثلاثمائة ألف درهم ولا تقل عن ٠٠٠ر٣٠ ثلاثين ألف درهم ٠٠٠٠"٠ كما تنص المادة (١٦) فقرة ثانية من القانون المصري المذكور على أنه "ويكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه"٠ كما قررت المادة (٣) من القانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات صراحة المسئولية الجزائية للبنوك وغيرها من المؤسسات المالية عن جرائم غسيل الأموال وذلك بنصها على أن "تكون المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية =

يقل عن قيمة الأموال محل الجريمة ولا يزيد على ضعف قيمة هذه الأموال ، وذلك إذا تمت الجريمة من خلال مجموعة منظمة أو إذا ارتكبها الجاني مستغلاً سلطة وظيفته أو نفوذه[٨٧].

ج - المصادرة :

وبالاضافة إلى عقوبتي الحبس والغرامة ، يحكم بمصادرة كافة الأموال والممتلكات والعائدات والوسائط المستخدمة في ارتكاب الجريمة، وهذا هو حكم كل من المادتين السادسة والسابعة من القانون الكويتي[٨٨]. وهدف المشرع من المصادرة جلّي ، لوصد الأبواب وسد الطريق أمام محاولات مرتكبي جرائم غسيل الأموال الإفلات بالأموال التي يتم تبييضها بأي صورة عليها تلك الأموال سواء كانت نقدية أم في شكل أعيان ، أو عوائد ، أو وسائط كأجهزة الكومبيوتر مثلاً المستخدمة في إنجاز الغسل. وفي كل الأحوال ، لا يحول انقضاء الدعوى الجزائية لأي سبب من الأسباب دون الحكم بمصادرة الأموال المتحصلة من عمليات غسيل الأموال[٨٩]. ويكون التصرف في الأموال التي يحكم بمصادرتها في

=والإقتصادية العاملة في الدولة مسؤولة جنائياً عن جريمة غسيل الأموال إذا ارتكبت باسمها أو لحسابها عمداً وذلك دون إخلال بالجزاءات الإدارية المنصوص عليها في القانون".

(٨٧) المادة السابعة من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٨٨) المادتان السادسة والسابعة من القانون المشار إليه سابقاً.

(٨٩) والدعوى الجزائية في جرائم غسيل الأموال - طبقاً للقانون الكويتي - لا تنقضي بأي سبب، إلا الوفاة. ومع ذلك نرى أن وفاة الجاني لا تحول دون مصادرة عائدات ومتحصلات جرائم غسيل الأموال. ولكن يثور التساؤل عن إجراءات وأساس المصادرة فيما لو حصلت الوفاة قبل إقامة الدعوى الجزائية نفسها؟.

هذه الأحوال وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير المالية[٩٠].

وعلى أي الأحوال ، يجب ألا يخل الحكم بالمصادرة في جرائم غسيل الأموال بحقوق الغير حسن النية ، كالشخص الذي اكتسب مثلاً حقاً عينياً – دون علم بالجريمة – على مال من الأموال محل الجريمة. ولعل قصد المشرع من حماية الغير حسن النية في هذه الحالة هو الحيلولة دون حصول اضطراب في المعاملات المدنية أو التجارية وذلك دعماً لاستقرارها، لاسيما وأن مرتكبي الجريمة ينالون عقابهم المتمثل في الحبس والغرامة[٩١]. أما إذا ثبت أن الغير الذي اكتسب حقاً على الأموال محل الجريمة لم يكن حسن النية ، فلابد من إعمال الجزاء بمصادرة تلك الأموال.

ولقد نصت المادة الرابعة عشرة من القانون اللبناني على حكم مشابه

---

(٩٠) المادة السادسة ، الفقرة الثانية ، من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٩١) المادة السادسة ، فقرة أولى ، من القانون المشار إليه سابقاً. وفي معنى قريب تنص المادة ٢/١٤ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة ، أو بغرامة إضافية تعادل قيمتها في حالة تعذر ضبطها أو في حالة التصرف فيها إلى الغير حسن النية". وعليه ، فإنه طبقاً للقانون المصري يجوز بدلاً من المصادرة – في حالة التصرف في الأموال المضبوطة إلى الغير حسن النية – أن يتم الحكم بغرامة إضافية على الجاني. كما يتيح القانون اللبناني للغير أو أصحاب الأموال المصادر إثبات الحقوق الشرعية على هذه الأموال. راجع المادة (١٤) من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تبييض الأموال. وراجع في الفقه الأجنبي:

Alastir N. Brown, "Proceeds of Crime: Money Laundering Confiscation and Forfeiture" (W. Green/ Sweet & Maxwell – Edinburgh 1996).

وبصفة خاصة ص ٣٧ وما بعدها.

بأن "تصادر لمصلحة الدولة الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تثبت بموجب حكم نهائي أنها متعلقة بأي من الجرائم المذكورة (جرائم غسيل الأموال المذكورة في المادة الأولى من هذا القانون) أو محصلة بنتيجتها ما لم يثبت أصحابها ، قضائياً، حقوقهم الشرعية بشأنها. كما تقضي المادة الرابعة عشرة من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة والناشئة عن غسيل الأموال.

د - المنع من التصرف :

حرص المشرع الكويتي على وضع تدابير احترازية في جرائم غسيل الأموال وذلك بمنع المتهم من التصرف في أمواله كلها أو بعضها إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية[٩٢]. إذ قد يحاول المتهم تهريب أمواله أو

---

(٩٢) المادة الثامنة من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢. وطبقاً للمادة (٥) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال . فإنه يجوز لوحدة مكافحة غسل الأموال "أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية على النحو المبين في المواد ٢٠٨ مكرر (أ) و ٢٠٨ مكرر (ب) و ٢٠٨ مكرر (ج) من قانون الإجراءات الجنائية. كما تنص المادة (٤) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال بدولة الإمارات على أنه: "للمصرف المركزي أن يأمر وفقاً لهذا القانون بتجميد الأموال التي يشتبه بها لدى المنشآت المالية لمدة لا تزيد على (٧) أيام. وللنيابة العامة أن تأمر بالتحفظ على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المشتبه بها وفق الإجراءات المتبعة لديها. وللمحكمة المختصة أن تأمر بالحجز التحفظي لمدد غير محددة لأية أموال أو متحصلات أو وسائط إذا كانت ناتجة عن جريمة غسيل أموال أو مرتبطة بها".

كما يقضي القانون اللبناني بحق هيئة التحقيق أن تتخذ قراراً مؤقتاً بتجميد الحساب أو الحسابات المشبوهة لمدة خمسة أيام قابلة للتجديد مرة واحدة . وإذا تأكد لدى الهيئة أن مصدر الأموال غير مشروع ، أن تواصل تجميد تلك الأموال ؛ راجع المادة الثامنة من قانون تبييض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١.

التصرف فيها بأي طريق تحسباً لإدانته في الدعوى الجزائية وبما يستتبع مصادرة أمواله محل الجريمة. وفطن المشرع إلى ذلك ، فأعطى للنائب العام سلطة الأمر بمنع المتهم من التصرف في أمواله كلها أو بعضها حتى يتم الحكم في الدعوى الجزائية[93].

ومع ذلك ، أجاز القانون لكل ذي شأن أو صاحب مصلحة كالمتهم مثلاً أو الغير حائز المال أن يتظلم للمحكمة المختصة من الأمر الصادر من النائب العام بالمنع من التصرف. ولكن لا يجوز إبداء التظلم إلا بعد فوات ثلاثة أشهر من صدور الأمر. ومفاد ذلك أن الأمر الصادر من النائب العام بمنع المتهم من التصرف في أمواله يكون محصناً وسارياً ونافذاً لمدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ صدوره ، ولا يجوز المساس به بأي شكل[94]. ونعتقد أن المشرع بذلك قد أتاح لسلطات التحقيق وقتاً معقولاً للتحري عن حقيقة ومصدر أموال المتهم، مع سلب هذا الأخير أية وسيلة لرفع المنع من التصرف في أمواله خلال الثلاثة أشهر المذكورة ، وبحيث لا يبدأ حق المتهم في التظلم من الأمر إلا بعد مرور الفترة المذكورة من تاريخ صدور الأمر بالمنع.

فإذا مرت الثلاثة أشهر المشار إليها ، ورأى المتهم التظلم من الأمر بالمنع من التصرف في الأموال ، فعلى المحكمة أن تفصل في التظلم على وجه السرعة إما برفضه أو بإلغائه أو بتعديله مع تقرير الضمانات اللازمة لذلك. فمثلاً ، إن قررت المحكمة إلغاء أمر المنع ، فقد ترى مقابل ذلك أن

---

(93) المادة (8) فقرة أولى من القانون الكويتي رقم 35 لسنة 2002.

(94) المادة (8) فقرة ثانية من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً.

يقوم المتهم بتقديم كفالة مقبولة ، كذلك قد تقرر المحكمة تعديل أمر المنع ليقتصر على أموال بعينها دون غيرها. وفي كل الأحوال ، للمحكمة سلطة تقديرية في تقرير الضمانات إن كان لها مقتضى[٩٥].

وإذا رفضت المحكمة التظلم المقدم من المتهم أو من أي من ذوي الشأن ، فلا يجوز لمنْ رُفض تظلمه إعادة التظلم إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الفصل في التظلم[٩٦]. ولكن هل يجوز تكرار التظلم أكثر من المرتين المذكورتين عن ذات الأمر الواحد الصادر بالمنع من التصرف في الأموال؟ نرى عدم جواز ذلك ، وإلا أصبح التظلم بلا حدود. وعليه ، إذا صدر أمر المنع من التصرف في الأموال ، كان لأي من ذوي الشأن أن يتظلم من ذلك الأمر بعد مضي ثلاثة أشهر من صدوره. فإذا ما رفضت المحكمة المختصة ، كان لذوي الشأن التظلم مرة أخرى بعد مرور ستة أشهر من تاريخ رفض التظلم الأول. وإذا رفضت المحكمة التظلم الثاني ، فلا يجوز إعادة التظلم مرة ثالثة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ الفصل في التظلم الثاني[٩٧]. وعلى أية حال ، أجاز القانون للنائب العام العدول عن أمر منع التصرف في الأموال أو تعديله ووفقاً لمقتضيات التحقيق[٩٨].

---

(٩٥) المادة (٨) فقرة ثلاثة من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً.

(٩٦) المادة (٨) فقرة ثلاثة من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً.

(٩٧) وعلى أي الأحوال ، يندر في العمل مثل هذا الفرض ، حيث عادة ما يتم إحالة القضية إلى المحكمة قبل ذلك.

(٩٨) المادة (٨) فقرة رابعة من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً.

ثانياً - الأحكام الخاصة :

نظراً لخطورة جرائم غسيل الأموال وتأثيرها العميق على المجتمع الكويتي وانعكاساتها الضارة على الاقتصاد وما قد يتضمنه من جرائم أولية كالمخدرات وتمويل الإرهاب ، فقد رأى المشرع الخروج - في قانون غسيل الأموال - عن بعض الأحكام العامة في قانون الجزاء من حيث عدم سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة ، وعدم سقوط العقوبة بمضي المدة، وعدم تطبيق أحكام الامتناع عن النطق بالعقاب ووقف التنفيذ. ومن جهة أخرى ، رأى المشرع منح المحكمة السلطة التقديرية في الإعفاء من العقاب عن جريمة غسيل الأموال في حالات محددة ، وذلك فضلاً عن بعض الأحكام الخاصة بالتعاون الدولي في جرائم غسيل الأموال.

(أ) الأحكام الاستثنائية :

١ - عدم سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة :

تنص المادة ١/٩ من قانون غسيل الأموال الكويتي على أن "لا تسقط بمضي المدة الدعوى الجزائية في أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من هذا القانون والتي تقع بعد العمل به". ومفاد ذلك أن الدعوى الجزائية في جرائم غسيل الأموال لا تسقط بفوات المدة ، وبما يشكل خروجاً على القاعدة في قانون الجزاء والتي تقررها المادة الثالثة من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ بنصها على أن "تسقط الدعوى الجزائية في الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع

الجريمة"[٩٩]. ولمّا كانت جريمة غسيل الأموال من الجرائم المعتبرة جناية طبقاً للقانون الكويتي ، فإن مرور عشر سنوات من وقوع تلك الجريمة لا يؤدي إلى سقوط الدعوى الجنائية. وهذا الحكم الاستثنائي يؤكد بجلاء حرص المشرع الكويتي على ملاحقة مرتكبي جرائم غسيل الأموال مهما طالت المدة في إكتشاف الجرائم المذكورة ، لاسيما وأن جرائم غسيل الأموال تنطوي بطبيعتها على أساليب للتمويه والتعتيم ، وحتى لا يفلت مرتكبي تلك الجرائم بجرمهم الشائن[١٠٠].

٢- عدم سقوط العقوبة بمضي المدة :

تنص المادة ٢/٩ من قانون غسيل الأموال الكويتي على أن "ولا تسقط بمضي المدة العقوبة المحكوم بها بعد العمل بهذا القانون في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ منه". وهذا النص استثناء على القاعدة العامة التي تقررها المادة الرابعة من قانون الجزاء الكويتي من أنه تسقط العقوبات المحكوم بها في الجنايات بمضي عشرين سنة من وقت صيرورة الحكم نهائياً[١٠١]. ومفاد ذلك أنه بصدور الحكم بعقاب الجاني في إحدى جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون ، فإن هذه العقوبة لا تسقط مهما طالت المدة حتى ولو مر عشرون عاماً على صدور الحكم النهائي بالعقاب. وينبني على ذلك أنه يمكن ملاحقة الجاني

---

(٩٩) المادة الثالثة من قانون الجزاء الكويتي.

(١٠٠) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير هذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم سقوط الدعوى الجزائية في جرائم غسيل الأموال.

(١٠١) المادة الرابعة من قانون الجزاء الكويتي.

لتنفيذ العقوبة الصادرة في حقه مهما تهرب من التنفيذ. ومن ثمَّ ، فإن نص المادة ٢/٩ من القانون يعبر عن رغبة المشرع الكويتي الواضحة في إنزال العقاب على الجناة في جرائم غسيل الأموال بغض النظر عن المدة التي انقضت بعد صدور أحكام ضدهم في الجرائم المذكورة[١٠٢].

٣- عدم تطبيق أحكام الامتناع عن النطق بالعقاب :

يجيز قانون الجزاء الكويتي للمحكمة إن رأت من أخلاق المتهم وماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام ، وذلك فيما إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الحبس ، أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب[١٠٣]. هذه القاعدة المقررة في قانون الجزاء لا تنطبق على جرائم غسيل الأموال. فلا يجوز أن تعامل المحكمة المتهم في إحدى جرائم غسيل الأموال بأي نوع من الشفقة، فلا عبرة في الجرائم المذكورة بأخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة. ومن ثمَّ فإن المشرع الكويتي رأى أن جرائم غسيل الأموال في ذاتها من الجرائم الجسيمة التي يتعين فيها على المحكمة النطق بالعقاب بصرفْ النظر عن الظروف التي كانت تجيز للمحكمة الامتناع عن النطق بالعقاب وفقاً لنص المادة ٨١ من قانون الجزاء الكويتي[١٠٤].

---

(١٠٢) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير لهذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم سقوط العقوبة في جرائم غسيل الأموال.

(١٠٣) راجع المادة ٨١ من قانون الجزاء الكويتي.

(١٠٤) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير لهذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم تطبيق أحكام الإمتناع عن النطق بالعقاب في جرائم غسيل الأموال.

٤- عدم تطبيق قاعدة وقف التنفيذ في جرائم غسيل الأموال :

يجيز قانون الجزاء الكويتي للمحكمة اذا قضت بحبس المتهم مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم إذا ما تبين من أخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام [١٠٥]٠ وطبقاً للمادة ٣/٩ من قانون غسيل الأموال الكويتي ، لا يجوز تطبيق قاعدة وقف تنفيذ الحكم الجنائي المقررة في قانون الجزاء٠ وبذلك فقد رفض المشرع تخفيف العقاب على الجناة في جرائم غسيل الأموال وعدم جواز الأمر بوقف تنفيذ الأحكام الصادرة ضدهم بالحبس . نظرا لخطورة الجرائم المذكورة[١٠٦]٠

(ب) أحكام التعاون الدولي

لمّا كانت جريمة غسيل الأموال هي بطبيعتها جريمة دولية في الأعم من الحالات لما تثيره عادة من نقل أو تحويل للأموال عبر الدول ، فقد أفرد المشرع الكويتي أحكاماً خاصة للتعاون الدولي في تلك الجرائم بغرض تعقب الجناة وضبط الأموال والوسائط المستخدمة في الجريمة٠ فقد أجازت المادة ١٧ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ للنيابة العامة في حالة تلقي طلباً من السلطة القضائية المختصة بدولة أخرى أن تأمر بتعقب أو حجز الممتلكات أو العائدات أو الوسائط المرتبطة بجرائم منصوص عليها في القانون المشار إليه وذلك إذا ارتكبت تلك الجرائم في

---

(١٠٥) راجع المادة ٨٢ من قانون الجزاء الكويتي٠

(١٠٦) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير لهذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم تطبيق أحكام قاعدة وقف التنفيذ في جرائم غسيل الأموال

الدولة الأخرى وبالمخالفة لقوانينها وذلك إذا وجدت اتفاقية ثنائية مصدق عليها مع تلك الدولة في هذا الشأن أو طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل[١٠٧].

كما أجازت المادة ١٨ من القانون الكويتي لمحكمة الجنايات أن تأمر بتنفيذ أي حكم نهائي واجب النفاذ صادر من محكمة مختصة في دولة أجنبية إذا كان ذلك الحكم يقضي صراحة بمصادرة الأموال أو العائدات أو الوسائط المرتبطة بجريمة غسيل الأموال وذلك إذا وجدت اتفاقية ثنائية مصدق عليها مع تلك الدولة في هذا الشأن ، أو طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، على أن تكون الأموال المصادرة بموجب الحكم الأجنبي مما يجوز مصادرتها في نفس الظروف طبقاً لأحكام القانون الكويتي ، وذلك كله دون الإضرار بحقوق الغير حسن النية. ومع ذلك إذا تضمّن الحكم الأجنبي بنوداً متعلقة بحقوق الغير فإنها تكون ملزمة للمحكمة الكويتية إذا كان هذا

---

(١٠٧) المادة ١٧ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ . وأيضاً المذكرة الإيضاحية في ص ٤.
كما تنص على حكم مماثل المادة ٢١ من القانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات من أنه : "يجوز للسلطة القضائية المختصة بناء على طلب من سلطة قضائية بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصدق عليها أو بشرط المعاملة بالمثل إذا كان الفعل الإجرامي معاقباً عليه في الدولة، أن تأمر بتعقب أو تجميد أو وضع الحجز التحفظي على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط الناتجة عن جريمة غسل الأموال أو المستخدمة فيها".
كما تجيز المادة ١٩ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ للجهات القضائية المصرية " أن تطلب – على وجه الخصوص – اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتعقب أو تجميد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائداتها أو الحجز عليها . وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية".

الغير لم يطالب بحقوقه أمام القضاء الوطني[108].

ثالثاً – الاعفاء من العقاب :

تنص المادة العاشرة من قانون غسيل الأموال الكويتي على أن "للمحكمة أن تعفي من العقوبة المقررة بالمادتين ٦ ، ٧ كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة عن الجريمة ومرتكبيها قبل علمها به". وعليه، يجوز للمحكمة أن تمتنع عن النطق بالعقوبة بالنسبة للجاني الذي يتحقق بشأنه شرطان: الأول ، أن يبادر الجاني طواعية بإبلاغ السلطات المختصة عن الجريمة وعن الجناة الآخرين المتورطين فيها ؛ والثاني ، أن

---

(١٠٨) المادة ١٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ ، والمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور، ص ٤. كما تنص المادة ٢٢ من القانون الإتحادي الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "يجوز الاعتراف بأي حكم أو أمر قضائي ينص على مصادرة أموال أو متحصلات أو وسائط متعلقة بجرائم غسل الأموال يصدر من محكمة أو سلطة قضائية مختصة بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصدق عليها". كما تنص المادة ٢٠ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "يجوز للجهات القضائية المصرية المختصة أن تأمر بتنفيذ الأحكام الجنائية النهائية الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية المختصة بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم غسل الأموال أو عائداتها ، وذلك كله وفق القواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تكون مصر طرفاً فيها.

كما يجوز إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تنظم التصرف في حصيلة الأموال المحكوم نهائياً بمصادرتها – في جرائم غسل الأموال من جهات قضائية مصرية أو أجنبية – تتضمن قواعد توزيع تلك الحصيلة بين أطراف الاتفاقية وفقاً للأحكام التي تنص عليها".

وراجع في أحكام التعاون الدولي في جرائم غسيل الأموال طبقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من الاتفاقية المذكورة ؛ كذلك :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Regulations....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٤٣–٤٤٤.

يتم هذا الإبلاغ قبل أن يتصل علم السلطات المختصة بالجريمة ومرتكبيها[١٠٩]. وعلى أي الأحوال، يبقى أمر الاعفاء من العقاب من إطلاقات المحكمة حتى ولو توافر هذان الشرطان. فالاعفاء من العقاب جوازي. وقد أعطى القانون للمحكمة سلطة الاعفاء من العقاب في هذه الأحوال بغرض تشجيع وحث المتورطين في جرائم غسيل الأموال على التراجع عن تلك الجرائم وكشف النقاب عنها للسلطات المختصة لضبط الفاعلين وعقابهم.

---

(١٠٩) وتنص المادة ١٧من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن "يعفى من العقوبات الأصلية المقررة في المادة ١٤من هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ الوحدة أو أي من السلطات المختصة بالجريمة قبل العلم بها، فإذا حصل الإبلاغ بعد العلم بالجريمة تعين للإعفاء أن يكون من شأن الإبلاغ ضبط باقي الجناة أو الأموال محصل الجريمة".

ويلاحظ أن هناك فارقاً بين نص القانون الكويتي والقانون المصري في شأن الإعفاء من العقاب عند الإبلاغ عن الجريمة. ذلك أن القانون الكويتي يتطلب للإعفاء أن يحصل الإبلاغ قبل علم السلطات المختصة بها، بينما يسمح القانون المصري بالإعفاء عند حصول الإبلاغ سواء قبل علم السلطات المختصة بالجريمة أو بعد علمها بها ولكن في الحالة الأخيرة، فإنه يشترط للإعفاء – طبقاً للقانون المصري – أن يكون من شأن الإبلاغ، الذي يحصل بعد علم السلطات المختصة بالجريمة، ضبط باقي الجناة أو الأموال محل الجريمة. وعلاوة على هذا، فإن الإعفاء من العقاب في القانون المصري يقتصر على العقوبات الأصلية المقررة في المادة ٤ من ذلك القانون. كما أن الإعفاء في القانون الكويتي جوازي، بينما لا يبدو كذلك في القانون المصري.

المبحث الثاني
التزامات البنوك والمؤسسات المالية والجزاءات

تمهيد وتقسيم .

نص القانون الكويتي على التزامات معينة يجب أن تتقيد بها البنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية والأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير المالية. ويتسع نطاق هذه الالتزامات من خلال النص في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون الكويتي على وجوب "الالتزام بالتعليمات والقرارات الوزارية التي تصدر إليها من الجهات الحكومية المشرفة عليها بخصوص البنود السابق ذكرها (أي البنود المذكورة في صدر المادة) وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزارية أخرى ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال" . وبما يجعل للتعليمات الصادرة في هذا الشأن من بنك الكويت المركزي قوة الالزام القانوني.

كما بين القانون جزاء عدم الانصياع بالالتزامات المنصوص أو التقصير في التقيد بها.

وفيما يلي نتناول بالشرح والتحليل الالتزامات التي يتعين على البنوك وغيرها من المؤسسات المالية أن تأخذ بها ، وجزاء الإخلال بها ، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : التزامات البنوك والمؤسسات المالية الكويتية

المطلب الثاني : الجزاءات في القانون الكويتي

المطلب الثالث : الالتزامات والجزاءات في القوانين الأخرى

المطلب الأول

التزامات البنوك والمؤسسات المالية الكويتية

- نطاق الالتزامات من حيث الأشخاص والموضوع:

تنص المادة الثالثة من قانون غسيل الأموال الكويتي على التزامات البنوك والمؤسسات المالية. ويرد على هذه الالتزامات ملحوظتان: الملحوظة الأولى ، اتساع نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامها. إذ تنطبق الالتزامات المذكورة على البنوك وشركات الاستثمار وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية ، فضلاً عن الأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير المالية. وعليه ، يتسع النطاق الشخصي للمخاطبين بحكم المادة الثالثة من القانون المذكور ليشمل كافة المؤسسات المالية كصناديق الاستثمار ، وبورصة الكويت للأوراق المالية وغيرها من مؤسسات مالية. كما نرى أنه يجب على كافة المؤسسات المالية، سواء كانت عامة أم خاصة ، التقيد بتلك الالتزامات. والدليل على هذا أن الفصل الثاني من القانون جاء عنوانه كما يلي "التزام المؤسسات المصرفية المالية والجهات الحكومية"[١١٠]. أما الملحوظة الثانية ؛ فهي اتساع النطاق الموضوعي للالتزامات ، إذ لا تقتصر على ما ورد في نص المادة الثالثة من القانون من التزامات ، بل تنبسط على نحو خاص من خلال النص في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على "الالتزام التام بالتعليمات والقرارات الوزارية التي تصدر إليها من الجهات الحكومية المشرفة عليها بخصوص البنود السابق ذكرها (أي الالتزامات المذكورة بالمادة) وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزارية أخرى

---

(١١٠) راجع الفصل الثاني من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال"· وهكذا [111]، فإن التزامات البنوك لا تقتصر على ما ورد منها في المادة الثالثة من القانون ، بل تمتد كذلك إلى التعليمات الصادرة من بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص ، وهي التعليمات رقم (٢/رب/٩٢/٢٠٠٢) في الثاني والعشرين من أكتوبر عام ٢٠٠٢ والتي بدأ العمل بها اعتباراً من الأول من ديسمبر ٢٠٠٣ (تعليمات البنك المركزي)·

وينبني على ذلك ، أن تعليمات البنك المركزي لها نفس الأثر والالزام القانوني للبنوك في مجال غسيل الأموال ، كما تترتب نفس الجزاءات القانونية الواردة بالقانون عند مخالفة أي منها· وفيما يلي نتناول بالشرح والتحليل التزامات البنوك وغيرها من المؤسسات المالية·

أولا - عدم الاحتفاظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات:

طبقاً للمادة ١/٣ من قانون غسيل الأموال الكويتي لا يجوز للبنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية وغيرهم ممن يصدر بتحديدهم قرار من وزير المالية أن تحتفظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات[112]· والحظر المذكور ذو شقين ، إذ يجب على تلك المؤسسات المالية إغلاق تلك الحسابات القائمة لديها عند بدء العمل بالقانون. كما يجب عليها ألا تقوم في المستقبل بفتح مثل هذه الحسابات··· وجدير

(١١١) المادة (٣) الفقرة الاخيرة من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢

(١١٢) المادة (٣) فقرة أولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢

بالذكر أن العملَ المصرفي قد جرى في البنوك الكويتية على عدم فتح حسابات مجهولة الهوية أو بأسماء رمزية حتى قبل العمل بالقانون المذكور وذلك تنفيذاً لتعليمات بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص[113]. وتأكد هذا الالتزام بعد العمل بقانون غسيل الأموال الكويتي. وهناك فارق بين قاعدة سرية الحسابات المصرفية وبين الحسابات السرية. إذ ينصرف مفهوم سرية الحسابات المصرفية إلى التزام البنك بالمحافظة على أسرار عملائه ومراكزهم ومعاملاتهم المالية في علاقتهم مع البنك من اطلاع الغير عليها دون مبرر مشروع أو مسوغ قانوني[114]. وإخلال البنك بذلك الالتزام فيه اعتداء على حق العميل في الخصوصية ، وبما يرتب المسئولية التعاقدية للبنك بالتعويض ، سواء كان الإخلال قد حصل بتعمد أو بإهمال وعدم اكتراث[115]. أما الحسابات السرية فهي تلك الحسابات العارية من التعريف بالهوية الحقيقية

---

(١١٣) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٥٠/٩٧) المؤرخة ١٩٩٧/١١/١٧.

(١١٤) راجع في الفقه العربي: الدكتورة سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس – القاهرة ١٩٩٢) وبصفة خاصة ص ص ٢٢٤-٢٢٦ ؛ أيضاً :

Dr. Fath El-Rahman El-Sheikh, "Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice- A Middle Eastern Perspective", Volume 14 Dickinson Journal of International Law, pp. 577-593 (Spring 1996); Cadmen, Joanne Greig, "Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV th International Congress of Comparative Law: Boston, Kluwer Law International (1996)", Volume 8 Criminal Law Forum, pp 485-492 (1997).

راجع كذلك: الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، ص ١٤١ وما بعدها؛ أيضاً :

Rosalind Wright, "Keynote Address to the International Cambridge Symposium on Economic Crime", Volume 7 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 304-307 (April 2000).

(١١٥) راجع : الدكتور إداورد عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى – بيروت ١٩٦٨) ، ص ٤٩٧.

للعميل كالحسابات المجهولة أي غير الاسمية (الحسابات الرقمية) وكالحسابات بأسماء وهمية أو زائفة[116]. وإذا كانت البنوك الكويتية ملزمة بقاعدة سرية الحسابات المصرفية ، فإنه لا يجوز لها بأي شكل أن تفتح للعملاء حسابات سرية بأي شكل سواء كانت رقمية أو باسماء وهمية أو زائفة[117]. وذلك على خلاف الحال في دول أخرى مثل لبنان وسويسرا ولكسمبورج. فمثلاً في لبنان ، أجاز قانون المصارف الصادر في أيلول (سبتمبر) ١٩٥٦ للبنوك اللبنانية أن تقوم بفتح الحسابات المرقمة ، ولم يتغير هذا الوضع حتى بعد صدور القانون اللبناني بشأن مكافحة تبييض الأموال ، وكل ما هناك أنه في حالة كون الحسابات مرقمة ، فإنه يجري التحقق من هوية العميل بواسطة مدير المصرف الذي تولى فتح الحسابات المذكورة[118]. وفي لكسمبورج ، من المألوف أن يتم

---

(١١٦) راجع :

Berta Esperanza Hernandes, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls....

المقالة المشار إليها ، ص ٢٤٤ : كذلك:

Brian R. Allen, "The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe", Volume 28 Texas International Law Journal pp 73-117 (Winter 1993).

(١١٧) تعليمات بنك الكويت المركزي المشار إليها ، بند (١) ، ص ٢.

(١١٨) الدكتور إداورد عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف . المرجع المشار إليه ، ص ص ٤٩٣-٤٩٦ : كذلك: إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) ، عمليات المصارف (منشورات عويدات - بيروت - باريس ١٩٨٣) ص ص ٣٣٨-٣٤٨.

كما يلاحظ أن المادة الخامسة (أ) من قانون تبييض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ تنص على أنه يجب "التحقق من الهوية الحقيقية للزبائن الدائمين للمؤسسات المصرفية والمالية وتحديد هوية صاحب الحق الإقتصادي في حال تم التعامل بواسطة وكلاء أو تحت ستار أسماء مستعارة عائدة لأشخاص أو لمؤسسات أو لشركات أو عن طريق حسابات مرقمة". =

فتح الحسابات بأسماء زائفة False names ، ولشركات وأفراد أجانب بأسماء مواطنين ، كما أن الغالبية الساحقة من الحسابات المصرفية هي حسابات رقمية(١١٩).

وعليه ، فطبقاً لقانون غسيل الأموال الكويتي وتعليمات بنك الكويت المركزي يحظر على البنوك الاحتفاظ أو فتح حسابات بأسماء مجهولة الهوية ، أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أياً كان نوع الحسابات كالحسابات الجارية، التوفير ، الأمانة ، حسابات الودائع بمختلف أنواعها ، حسابات المحافظ المالية والاستثمارية وغير ذلك من أنواع الحسابات الأخرى.

وفي مصر ، كانت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ تجيز للبنوك المصرية أن تفتح حسابات بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع مرقمة ، ولا يجوز أن يعرف أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسئولين بالبنك الذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس إدارة البنك ، ولا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم أو النائب القانوني أو الوكيل أو بناء على حكم قضائي أو حكم

=وبصفة عامة راجع في مشكلة غسيل الأموال في القانون اللبناني - قبل صدور قانون تبييض الأموال المذكور:

Mohammad I. Fheili, "Lebanon: The Fight Against Money Laundering", Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 283-299 (Winter 2001).

(١١٩) راجع :

Brian R. Allen, "The Banking Confidentiality Laws of Luxemburg....
المقالة المشار إليها ، ص ص ٩٠-٩١

محكمين[١٢٠]. على أن المادة ٢/٨ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسيل الأموال تنص على أنه لا يجوز للمؤسسات المالية – وبما يشمل البنوك العاملة في مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر – فتح حسابات أو ربط ودائع ، أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية[١٢١]. ونرى أن المشرع المصري بنصه على حظر فتح الحسابات المجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية قد نسخ نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ تطبيقاً لقاعدة أن النص اللاحق ينسخ السابق. وقد يعترض البعض على الرأي المتقدم بأن المشرع في القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ قد حظر فتح الحسابات أو ربط الودائع المرقمة بالعملة الوطنية أي بالجنيه المصري ، وسمح بذلك بالنسبة للنقد الأجنبي ، وأن نص المادة ٢/٨ من قانون غسيل الأموال يسري كذلك في هذا النطاق ، بمعنى أن حظر فتح حسابات أو ربط أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية ينصرف إلى الحسابات والودائع بالعملة المحلية وليس بالنقد الأجنبي ، وبذلك يمكن إعمال المادتين المذكورتين جنباً إلى جنب ، فيكون حظر الحسابات والودائع المرقمة مقصور على العملة الوطنية ، ومعمول به في الحسابات والودائع بالنسبة للنقد الأجنبي. وهذا النظر الأخير غير سديد من ناحيتين: فمن ناحية أولى ، أن نص المادة ٢/٨ من قانون غسيل الأموال المصري لم تفرق في الحظر بين العملة المحلية والنقد الأجنبي ، وبما ينبئ عن سريان الحظر أياً كان نوع العملة للحسابات أو الوديعة ؛ ومن ناحية ثانية ،

---

(١٢٠) راجع في شرح ذلك: الدكتورة سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المشار إليه، ص ٢٤٣ وما بعدها.

(١٢١) المادة ٢/٨ من القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

فإن الحظر الوارد بنص المادة ٢/٨ المذكورة يسري ليس فقط على البنوك المصرية في مصر وإنما أيضاً على فروع البنوك المصرية العاملة بالخارج ، ومن المنطقي أن الحسابات والودائع في تلك البنوك الأخيرة تكون بالنقد الأجنبي، كما أن الحظر ينطبق أيضاً على فروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر ، ومن المتصور أن معظم معاملات الفروع المشار إليها هي بالنقد الأجنبي. وعليه ، نرى أن حظر فتح حسابات أو ودائع مجهولة أو مرقمة أو بأسماء صورية أو همية يسري بالنسبة لكل من العملة الوطنية والنقد الأجنبي سواء بسواء استناداً لنص المادة ٢/٨ من قانون مكافحة غسل الأموال المصري.

ثانياً - الالتزام بمبدأ "اعرف عميلك" :

يستهدف مبدأ اعرف عميلك Know your customer منع استغلال أو استخدام البنوك وغيرها من المؤسسات المالية من جانب بعض العملاء كقنوات لغسيل الأموال ، وبما يقتضي أن تقوم المؤسسات المالية ، لاسيما البنوك ، بتطوير المعايير وطرق الحصول على المعلومات عن العملاء [١٢٢].

---

(١٢٢) ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي . اعترافاً منه بحق كل بنك في تقرير السياسة التي يعالج بها الأمور في علاقته بعملائه . أن يترك لكل بنك الحرية في تطوير نظامه الداخلي للتعرف على العملاء ، طالما أن هذا لا يخل بالهدف الرئيسي من تطبيق سياسة اعرف عميلك . ولكن بشرط أن تتوافر في البرامج بعض المعايير والمعلومات التي تمثل الحدود الدنيا لأي برنامج يضعه أي بنك من البنوك الأمريكية، وأهم هذه المعايير:

١- تحديد الهوية الحقيقية للعميل. ٢- تحديد مصدر أموال العميل أو مصادر تمويل عملياته المصرفية. ٣- تحديد العمليات المصرفية المألوفة التي يقوم بها العميل مع البنك بصفة اعتيادية. ٤- مراقبة النشاط المصرفي للعميل للتأكد مما إذا كانت العمليات المصرفية التي يقوم بهاتدخل في النطاق المألوف والمتوقع للنشاط العام لهذا العميل في إطار مهنته أو حرفته التجارية مثلاً ٥- تحديد وتعيين العمليات المصرفية للعميل والتي يظهر أنها غير متوافقة مع نشاطه العادي =

=المألوف أو المتوقع. ٦- التأكد بقدر الإمكان عما إذا كانت العملية المصرفية التي يقوم بها العميل تحيط بها الشبهات وفقاً للسياسة التي يضعها البنك.

ويوجب النظام الذي وضعه بنك الاحتياطي الفيدرالي على كل بنك أن يقدم برنامجاً مكتوباً بسياسته في إطار مبدأ "اعرف عميلك"، وأن يثبت أنه يقوم بتنفيذ هذا البرنامج بدقة.

ولقد ثار التساؤل عما إذا كانت هناك شروط معينة تتعلق بحجم أو نوع العملية المصرفية التي يتعين على البنك أن يطبق عليها سياسة "اعرف عميلك"؟ ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي أن هذه السياسة يتعين على كل بنك أن يقوم بتطبيقها بغض النظر عن حجم العملية المصرفية . وبصرف النظر عن شكلها أو تكوينها من الناحيتين المصرفية والقانونية. وعليه، يجب على البنك تطبيق سياسة "اعرف عميلك" في كل العمليات المصرفية من فتح حسابات أو قبول ودائع أو القيام بتحويل أو قبول أو سحب أوراق تجارية . أو فتح خزائن حديدية أو منح تسهيلات أو الحصول على قروض إلى غير ذلك من عمليات مصرفية أخرى . كما تقضي قاعدة "اعرف عميلك" أن يحتفظ كل بنك بكل الوثائق المثبتة لهوية العميل ولعملياته المصرفية، وبحيث تكون هذه الوثائق متاحة لبنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي في غضون ٤٨ ساعة في حالة ما إذا طلبها من أحد البنوك العاملة تحت إشرافه.

ولقد أبدت بعض البنوك الأمريكية مخاوفها من أن التطبيق الصارم لقاعدة "اعرف عميلك" قد يؤدي إلى الحد من قدرتها التنافسية في القيام بالعمليات المصرفية على المستوى الدولي في فروعها الأجنبية المنتشرة في كافة أرجاء العالم، لأن ذلك قد يصطدم مع متطلبات السرية التي ينشدها العملاء في المعاملات الدولية. ومع ذلك، فإن بنك الاحتياطي الفيدرالي، صمم على تطبيق قاعدة "اعرف عميلك" حتى في معاملات البنوك الدولية . حرصاً على سمعة البنوك الأمريكية ودرءاً للمعاملات المشبوهة.

راجع:

Bruce Zagaris, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 1023-1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ص ١٠٧٣-١٠٧٦.

وفي مفهوم ومعايير مبدأ وسياسة "أعرف عميلك" طبقاً لتوصيات لجنة بازل والتوصيات الأربعين في لجنة العمل المالية الدولية ، راجع:

Kern Alexander, "The International Anti-Money Laundering Regime....

المقالة المشار إليها . ص ص ٢٣٧-٢٤٠

مثلاً[127].

٢- العملاء العابرون:

العملاء العابرون Occassional customers هم الذين لا توجد لهم حسابات أو علاقة قائمة مع البنوك ويتقدمون بطلب خدمة ما ، أو إجراء عملية أو صفقة مع البنوك كتبديل العملات أو إجراء تحويل مصرفي للخارج أو استئجار خزائن حديدية وغيرها من الخدمات المصرفية[128]. ولقد استخدمت تعليمات بنك الكويت المركزي تسمية العملاء الطارئين للدلالة على هذه الفئة من العملاء. وتوجب التعليمات المذكورة على البنوك ، قبل تنفيذ العمليات أو الخدمات المطلوبة ، استيفاء وثائق الهوية الشخصية المشار إليها في البند (٣) من التعليمات المذكورة. وعليه ، فإنه بالنسبة للعميل العابر الفرد الكويتي أو غير الكويتي المقيم ، فإنه يتعين استيفاء صورة البطاقة المدنية الصالحة ؛ وبالنسبة للأفراد غير الكويتيين غير المقيمين ، فإنه يتعين استيفاء صورة وثيقة السفر وبشرط صلاحيتها. وبالنسبة للأفراد أصحاب المؤسسات ينبغي الحصول منهم على صورة البطاقة المدنية فضلاً عن صورة الترخيص الصادر لهم من وزارة التجارة والصناعة وبشرط صلاحية تلك المستندات. وبالنسبة للشركات ، فإنه يجب الحصول منهم على صورة عقود تأسيسهم الموثقة من الجهات المختصة[129].

---

(١٢٧) السابق ، ص ص ٢-٣.

(١٢٨) السابق ، بند رقم (٤) ، ص ٣. كذلك : في القانون اللبناني ، المادة (٥) (ب) من قانون تبييض الأموال رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١.

(١٢٩) السابق ، بند رقم (٣) وبند رقم (٤) ، ص ص ٢ - ٣.

وتلزم التعليماتُ البنوك بأن تمتنع عن تنفيذ المعاملة أو إجراء العملية المصرفية لهؤلاء العملاء في حالة عدم استيفاء الأوراق والمستندات المذكورة[١٣٠].

٤- تحديد المستفيد من الحساب وسلطته في تشغيله :

تلزم تعليمات بنك الكويت المركزي البنوك بواجب التحقق من أن العميل الذي تم فتح الحساب باسمه هو المستفيد من ذلك الحساب. ويشير ذلك بصفة خاصة إلى ضرورة التحقق من أن العمليات التي تجرى على الحساب تكون من صاحب الحساب نفسه ولصالحه : وبعبارة أخرى ، فإنه ينبغي أن يكون العميل هو المستفيد الحقيقي من الحساب المفتوح باسمه. ويسري هذا الالتزام بالنسبة إلى كافة الحسابات الجديدة بكافة أشكالها ، وكذلك بالنسبة للحسابات القائمة لدى البنوك[١٣١].

ولكن كيف يتم التحقق من أن العميل هو المستفيد من الحساب المفتوح باسمه ، وكيف يمكن التحقق من سلطة الشخص القائم بتشغيل الحساب نيابة عن العميل؟

تقرر تعليمات بنك الكويت المركزي بأنه يتعين على البنوك استيفاء اقرار من العميل عند فتح الحساب يفيد بأنه المستفيد من الحساب المفتوح باسمه[١٣٢]. ونرى أنه يجوز أن يكون هذا الاقرار مستقلاً أو يرد كأحد البنود في عقد فتح الحساب مع البنك وذلك بالنسبة للحسابات الجديدة. أما بالنسبة

---

(١٣٠) السابق . بند رقم (٤) ص ٣

(١٣١) السابق بند رقم (٥) ص ٣

(١٣٢) السابق

للحسابات القائمة ، فلا يتصور إلا أن يكون الإقرار المذكور بورقة مستقلة ، وإن تعين الإشارة فيها إلى الحساب المفتوح باسم العميل لدى البنك موضوع الاقرار. كما نرى أيضاً أن مجرد حصول البنك من العميل على الاقرار المذكور ليس كافياً بذاته لدرء أية مسئولية على البنك ، إذ على البنك - حتى مع الحصول على ذلك الاقرار - أن يبذل العناية الكافية للتأكد من أن العمليات والمعاملات التي تجرى على الحساب أو من خلاله هي لصالح العميل المفتوح باسمه الحساب ، لاسيما فيما لو ثارت لدى البنك شبهات حول طبيعة نشاط العميل.

وتنص تعليمات بنك الكويت المركزي بأنه "في حالة قيام العميل بفتح حساب نيابة عن الغير ، فإنه يتعين استيفاء المستندات المؤيدة لطبيعة ونطاق التمثيل القانوني"[١٣٣]. ويتناول هذا البند من التعليمات حالة قيام شخص بفتح حساب لدى البنك باسم شخص آخر ، كأن يكون وكيلاً عنه في هذا الشأن. ومن ثمَّ فإن العميل صاحب الحساب هو ذلك الشخص الآخر أي الموكل ، وليس الشخص الذي تولى إجراءات فتح الحساب لدى البنك. لذلك نعتقد أن التعليمات من هذه الزاوية غير دقيقة التعبير ، إذ عكست الوضع فجعلت أن العميل هو الذي يقوم بفتح حساب نيابة عن الغير. والواقع أن هذا (الغير) الذي عبرت عنه التعليمات هو في حقيقة الأمر وفي نظر القانون هو العميل ، بينما أن ما عبرت عنه التعليمات بأنه (العميل) إنما هو في واقع الأمر هو الغير كالوكيل مثلاً أو النائب القانوني أو الاتفاقي. وعلى أي الأحوال ، فإنه في حالة فتح حساب نيابة عن الغير ، فإنه يتعين على البنك أن يقوم

(١٣٣) السابق ، البند رقم (٥) فقرة ٢ ، ص ٣.

باستيفاء المستندات المؤيدة لذلك ، كالتوكيل الصادر للغير من العميل ، أو المستندات المؤيدة للنيابة في فتح الحساب فيما لو كان الحساب يفتح لقاصر مثلاً. كما يكون على البنك واجب التحقق من سلطة الوكيل أو النائب في إبرام عقد فتح الحساب وإدارته. كما تقضي التعليمات بأن القواعد المتقدمة تنطبق على الحسابات التي يتم فتحها من قبل المحامين نيابة عن عملائهم ، إذ يتعين على البنوك استيفاء اسم أو أسماء العملاء المستفيدين من الحسابات المذكورة مؤيدة بالمستندات القانونية اللازمة(١٣٤).

وبالنسبة للأشخاص الاعتباريين ، تقضي التعليمات بوجوب أن يقوم البنك بالتحقق من "وجود المؤسسة / الشركة ومقرها وأسماء المديرين المفوضين فيها". ويكون التحقق من وجود الشركة باستيفاء صورة من عقد تأسيسها المنشئ لكيانها القانوني وشخصيتها الاعتبارية(١٣٥).

وعند فتح الحسابات للشركات التي تدير أو تحفظ الأموال لصالح الغير ، فإنه يتعين على البنوك أن تقوم بالتحقق من أن تلك الشركات مرخص لها بإدارة و/ أو حفظ أموال الغير ، وأنها تلتزم قانونا بالتحقق من هويات وأنشطة عملائها الذين تدير أو تحفظ أموالهم(١٣٦). ولم تنص التعليمات على الوسيلة التي يمكن من خلالها للبنوك القيام بالتحقق من أن تلك الشركات عليها مثل هذا الالتزام ، ولا عن كيفية التحقق من تنفيذها لذلك الالتزام. ونرى أنه يمكن للبنوك القيام بهذه المهمة من خلال المستندات المؤيدة كعقود تأسيس

---

(١٣٤) السابق.

(١٣٥) السابق . بند رقم (٥) فقرة (٣) ، ص ٣

(١٣٦) السابق بند رقم (٥) فقرة (٤) . ص ٣

تلك الشركات ونظمها الأساسية ، كما نرى أن حصول البنوك على اقرار من الشركات المشار إليها بالتزامها بالتحقق من هويات وأنشطة عملائها كفيل بالقول بأن البنوك قد أوفت إلى حد كبير بالالتزام المنصوص عليه في التعليمات.

(ب) مخالفة العميل قواعد التحقق من الهوية أو تحديد المستفيد الحقيقي من الحساب/ الحسابات:

تقضي التعليمات بأنه يتعين على البنك أن يمتنع عن اقامة أية علاقة مصرفية مع العميل ، ولا يتم فتح أي حساب له لدى البنك . وذلك في الأحوال التي يرفض فيها العميل تقديم المستندات الدالة والمؤيدة لهويته ، أو إذا رفض العميل الإفصاح للبنك عن أي معلومات أخرى يراها البنك لازمة لنفي شبهات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب ، أو إذا تبين أن العميل قد حاول تضليل البنك أو التمويه عليه بأي وجه[١٣٧].

ويكون على البنك أن يقوم فوراً بإنهاء العلاقة المصرفية مع العميل ، وذلك إذا قامت لدى البنك شكوك في أن العميل لا يتعامل على الحساب بالأصالة عن نفسه ولكن لصالح الغير أو لحساب أيُة جهة أخرى وعدم استجابه العميل لطلب البنك تزويده بالمستندات القانونية التي تكشف عن المستفيد الحقيقي من الحساب[١٣٨]. كما يلتزم البنك باتخاذ نفس الإجراء فيما لو قامت لدى البنك أي شكوك بوجود تزوير في المستندات المقدمة من العميل عن المستفيد الحقيقي من الحساب. وهذا فضلاً عن قيام البنك بإبلاغ الجهات

---

(١٣٧) في هذا المعنى ، تعليمات بنك الكويت المركزي المشار إليها ، بند (٣) ص (٢).

(١٣٨) السابق ، بند (٥) فقرة (٥) ، ص ٤.

المختصة عن أية جريمة من جرائم غسيل الأموال أو أي عملية مشبوهة كتمويل الإرهاب تثور لدى البنك مظنّة قيام العميل باقترافها أو الشروع فيها.

وفضلاً عن ذلك ، يجب على البنك قفل حساب العميل فوراً إذا امتنع العميل عن الإفصاح عن المستفيد الحقيقي من ذلك الحساب ، أو إذا أفصح العميل عن المستفيد وتوفرت شكوك حول هذا الأخير للاشتباه في عمليات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب[١٣٩].

ثالثاً - التقيد بالمتطلبات النظامية :

تفرض التعليمات نوعين من القيود النظامية التي ينبغي على البنوك الوفاء بها وهي: الاحتفاظ بالوثائق والمستندات والأوراق في السجلات ، وموافاة بنك الكويت المركزي ببيان دوري عن المعاملات النقدية وفقاً للنموذج المعد لذلك.

(أ) الاحتفاظ بالوثائق والمستندات والأوراق :

تلزم التعليمات كافة البنوك بأن تحتفظ بطائفتين من الوثائق والمستندات والأوراق: تلك التي تخص العميل ، وأخرى تخص العمليات أو المعاملات. فأما الطائفة الأولى ، فهي تتضمن كافة المستندات والوثائق الخاصة بعملاء البنك سواء العملاء المحليين أو الدوليين ، بما في ذلك صور الهويات الشخصية لهم والمستندات الخاصة بهم. ويجب أن تتضمن وتظهر هذه الوثائق والمستندات بوضوح بيانات أساسية: كاسم العميل ، رقم هويته وتاريخ صلاحيتها ، وعقود التأسيس بالنسبة للعملاء الشركات. ويجب على

(١٣٩) السابق.

البنك الاحتفاظ بصور هذه الوثائق والمستندات لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إتمام المعاملة ، أو لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إقفال الحساب للعميل[١٤٠]. أما بالنسبة للطائفة الثانية من المستندات فهي تلك التي تخص العمليات. ويقوم البنك بالاحتفاظ بصور المستندات للحسابات التي أقفلت والعقود التي انتهت والصفقات التي استحقت وذلك لمدة خمس سنوات من تاريخ الاقفال أو الانتهاء أو الاستحقاق. ويراعى وجوب الحرص على تضمّنها البيانات والمعلومات الجوهرية عن المعاملات والتي تشمل كحد أدنى: اسم العميل ، المبالغ والعملة أو العملات المرتبطة بها ، نوع العملية . الغرض من العملية. كما يتم الاحتفاظ بالمستندات والأوراق الداعمة للقيود في الحسابات كالإشعارات الدائنة ، والإشعارات المدينة ، الشيكات وغيرها أو بصور عنها[١٤١].

ويجوز للبنك استخدام الوثائق والمستندات والأوراق المذكورة في أي تحقيق يخص عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، كما يجوز استخدامها من البنك عند تقديم أي تفسير أو معلومات إلى الجهات والسلطات الرقابية فيما يتعلق بمدى مراعاة سياسات وإجراءات مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب.

(ب) بيان المعاملات النقدية :

تقضي التعليمات بأنه يتعين على كل بنك القيام بموافاة بنك الكويت المركزي ببيان دوري يتضمن كافة المعاملات النقدية للعميل والتي تزيد أو

(١٤٠) السابق . بند (٧) ، ص ٤.

(١٤١) في نفس المعنى ، التعليمات السابقة . بند (٧) ،ص ٤.

تعادل ثلاثة آلاف دينار كويتي للمعاملة الواحدة ، ويتم إعداد هذا البيان على نموذج معد لذلك وعلى الأوراق الرسمية للبنك ، ويتم إرساله إلى البنك المركزي بصورة دورية ربع سنوية ، بالإضافة إلى قرص ممغنط يشمل ذلك البيان.

وتلتزم البنوك بإعداد البيان المذكور لأية معاملة تساوي أو تزيد عن المبلغ المشار إليه ويترتب عليه تسليم البنك أموالاً نقدية ، وسواء تمت المعاملة بالدينار الكويتي أو بعملة أجنبية ، ودون تفرقة ، ولكن يستثنى من الإبلاغ الجهات الحكومية المحلية[١٤٢].

رابعاً - واجب التحري عن موظفي البنك وتوعيتهم ومساءلتهم:

(أ) - التحري عن الموظفين :

توجب التعليمات على البنوك اتخاذ وسائل مناسبة وفعَّالة للتحري عن أصحاب طلبات التوظيف الجديدة للتأكد من عدم تعيين أي موظف جديد تحوم حوله أية شُبهات قد يترتب عليه تعريض البنك لمخاطر عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب[١٤٣].

---

(١٤٢) السابق ، بند رقم (٢٠) ص ٩.

وتقضي التعليمات بأن "المقصود بالمعاملة النقدية هي أي معاملة يترتب عليها تسلم البنك أموال نقدية". كما تقضي التعليمات بأنه "يستثنى من الإبلاغ كافة الجهات الحكومية المحلية. كما يمكن استثناء أي جهة أخرى من شروط الإبلاغ شرط تقديم كتاب يتضمن أسباب ومبررات الاستثناء المطلوب ، ولا يعمل بذلك الاستثناء إلا بعد حصول البنك المعني على موافقة مكتوبة من بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص".

(١٤٣) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٣) ص ٧.

(ب) – توعية الموظفين :

تقضي التعليمات بالتزام أي بنك بإشراك موظفيه ، لاسيما حديثي التعيين ، في برامج ودورات تدريبية وحلقات دراسية للتعريف بوسائل مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب. ويجب أن تستمر هذه البرامج بشكل دوري لرفع كفاءة وقدرات الموظفين بالبنك في التعرف على وتعقب العمليات المشبوهة والتصدي لها[١٤٤].

وفضلاً عن ذلك ، فإنه يتعين على كل بنك أن يقوم بإحاطة جميع المسئولين والموظفين بالبنك بصفة مستمرة بكافة المتطلبات المحلية والدولية في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، بما في ذلك التشريعات المحلية والتعليمات الرقابية والعقوبات والجزاءات المقررة فيها ، والإجراءات التي يتعين اتباعها في حالة الاشتباه في عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، مع حث الموظفين على الاستعانة بدليل الإرشادات لأنماط العمليات المشبوهة ، المرفق بالتعليمات ، وتدريبهم على كيفية التعامل به واستخدامه للكشف عن العمليات المشبوهة[١٤٥].

(ج) – مساءلة الموظفين وعقابهم :

توجب التعليمات على كل بنك أن يقوم باتخاذ الإجراءات القانونية وتوقيع العقوبات المناسبة على أي من الموظفين بما في ذلك رئيس الجهاز التنفيذي ونوابه ومساعديه ، وكذلك رئيس وأعضاء مجلس الإدارة ممن يثبت

---

(١٤٤) السابق . بند (١٦) ، فقرة (٤) ص ٨.

(١٤٥) السابق ، بند (١٦) ، فقرة (٥) ص ٨.

تقصيره في أداء مسئولياته المحددة في تطبيق سياسات البنك وإجراءاته الخاصة بمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب[146].

وتطبيقاً لذلك ، إذا انطوى سلوك الموظف أو المسئول بالبنك على إحدى جرائم غسيل الأموال المقررة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال ، أو إذا انطوى سلوك الموظف أو المسئول بالبنك على أي تقصير في أي من الالتزامات المفروضة بالقانون المذكور ، لاسيما عدم الإبلاغ عن العمليات المشبوهة ، فإنه يتعين على البنك أن يقوم طبقاً للقانون بإبلاغ النيابة العامة بالواقعة للتحقيق فيها ، ومع عدم الإخلال بحق البنك في توقيع العقوبات الإدارية على الموظف أو المسئول والتي قد تصل إلى حد العزل من الوظيفة.

وفي كل الأحوال ، يقوم البنك بإخطار بنك الكويت المركزي بتفاصيل الواقعة المنسوبة للموظف ونتائج التحقيق في الواقعة والإجراءات التي اتخذها البنك في هذا الخصوص[147].

خامسا – تعزيز نظم الرقابة الداخلية بالبنك :

تعزيزاً لنظم الرقابة الداخلية للبنك تملي التعليمات على البنوك الالتزام بما يلي:

أ- إعداد سياسة وإجراءات واضحة ودقيقة معتمدة من مجلس إدارة البنك تتضمن سياسة البنك بالنسبة لمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل

---

(١٤٦) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٤) ، ص ٧.

(١٤٧) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٤) ، ص ٧.

الإرهـاب تـتوافق مـع التشـريعات المحلـية والقـرارات الوزاريـة ذات الصـلة وتعليمات بـنك الكويـت المركـزي في هـذا الشأن٠ كما يجب أن تتضمن تلك السياسـة تعريفاً واضـحاً للعمليات المشار إليها وأنماطها المختلفة وطرق اكتشافها وتعقبها ، فضلاً عـن الحـد الأدنـى مـن الإجـراءات الـتي يـتعين على الموظفين المعنـيين القـيام بهـا لـدى اكتشـاف أيـة حالـة تـثير الشـبهة بأنهـا مـن تلـك العمليات[١٤٨].

ب – أن يتضـمن تقريـر مراقـب الحسـابات الخـارجي عـن نظـم الـرقابة الداخلـية بالبـنك رأيـاً واضـحاً عـن مـدى الـتزام البـنك بـالقوانين المحلـية ، والقـرارات الوزاريـة ، وتعليمات بـنك الكويـت المركـزي ذات الصـلة بمكافحـة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، بالإضافة إلى مدى الالتزام بسياسات وضوابط البنك في هذا الخصوص[١٤٩].

ج – إنشـاء وحـدة / إدارة مسـتقلة ومـتفرغة تتبع مباشـرة رئـيس مجلـس الإدارة في البـنك (الوحـدة) ، ويُعيّن فيها كـوادر علـى درجة عالية من الكفاءة والخـبرة في المجـالات ذات الصـلة بمكافحـة عمليات غسـيل الأمـوال وتمويـل الإرهـاب٠ وتكـون المهمـة الأساسـية لـتلك الوحـدة الـتحقق مـن مـدى الـتزام البـنك بـالقوانين والقـرارات الوزاريـة والتعلـيمات الرقابـية ، وكذلـك السياسـات والضـوابط والإجـراءات الموضـوعة مـن قـبل البـنك الخاصـة بمكافحـة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب[١٥٠].

---

(١٤٨) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (١) ، ص ٧.

(١٤٩) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٢) ، ص ٧.

(١٥٠) السابق ، بند (١٥) ، ص ٧

سادساً - الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة :

تنص المادة ٤/٣ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال على أنه يجب على البنوك وغيرها من الشركات والمؤسسات المالية "الإبلاغ عن أي معاملة مالية مشبوهة اتصل علمها بها".

ويتضح من هذا النص أن القانون قد ألقى مباشرة على البنوك وغيرها من شركات ومؤسسات مالية الالتزام بالإبلاغ عن المعاملات المشبوهة إلى الجهات المختصة بالتحقيق في جرائم غسيل الأموال وهي طبقاً للقانون المذكور النيابة العامة وذلك بناء على المادة الخامسة من القانون والتي تنص على أن "يحدد النائب العام الجهة المختصة بالنيابة العامة لتلقي البلاغات عن عمليات غسيل الأموال المنصوص عليها في هذا القانون"[١٥١].

وطبقاً للقوانين الأخرى محل الدراسة ، كالقانون المصري واللبناني والإماراتي ، يقتصر دور البنوك والشركات وغيرها من مؤسسات مالية على إرسال تقارير عن المعاملات المشبوهة إلى الوحدات التي تنشأ لدى البنوك المركزية وفقاً للقوانين المذكورة ؛ وتتولى هذه الوحدات إما مهمة التحقيق وإصدار القرارات بشأن التقارير المرسلة إليها أو القيام بإبلاغ النيابة العامة بذلك ، وعلى النحو الذي سوف نقوم ببيانه تفصيلاً في المبحث الثالث من هذا البحث[١٥٢].

---

(١٥١) وحتى تاريخ إعداد هذه الدراسة لم يصدر من النائب العام - حسب علمنا - أي قرار يحدد تلك الجهة من النيابة المختصة بتلقي البلاغات عن جرائم غسيل الأموال.

(١٥٢) مثال: المادة (٨) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال ؛ المادة (٦) من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تبييض الأموال . المادتان (٧) و(٨) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات بشأن تجريم عمليات غسل الأموال.

المطلب الثاني

الجـزاءات في القانون الكويتي

نص القانون الكويتي على جزاءات معينة يتم توقيعها على البنوك والشركات وغيرها من المؤسسات المالية في حالة تقصيرها في القيام أو أداء التزاماتها المنصوص عليها في القانون المذكور. كما وضع القانون جزاءات محددة على موظفي البنوك والشركات والمؤسسات المالية عند عدم الإبلاغ عن أية معاملة مالية مشبوهة.

أولاً – الجزاء العام :

تنص المادة ١١ من القانون الكويتي في فقرتها الثانية على أنه "ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرة السابقة يعاقب كل من يثبت تقصيره في القيام بأي من الالتزامات المنصوص عليها في المادة ٣ من هذا القانون بالغرامة التي لا تجاوز مليون دينار".

وتطبيقاً لذلك النص ، فإن البنوك والشركات وغيرها من المؤسسات المالية تتعرض لعقوبة الغرامة إذا ثبت تقصيرها في القيام بأي من الالتزامات المنصوص عليها في المادة ١١ من القانون – فيما عدا الإخلال بالالتزام بالإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة والذي جعل له المشرع جزاءً خاصاً – وذلك كالتقصير في مخالفة الحظر على فتح حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات، أو التقصير في التحقق من هوية العملاء وفقاً للوثائق الرسمية الصادرة من الدولة لاسيما عدم اتباع البنوك قواعد وإجراءات التحقق من هوية عملائهم الواردة بتعليمات بنك الكويت

المركزي بشان عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، أو عدم الاحتفاظ بجميع المستندات والوثائق الخاصة بالمعاملات التي تم إجراؤها وذلك لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إجراء المعاملة ، أو التقصير في تبني سياسة تدريب للمسئولين والعاملين فيها لإحاطتهم بالمستجدات في مجال مكافحة عمليات غسيل الأموال ، أو التقصير في تبني إجراءات العمل ونظم الرقابة الداخلية الملائمة لاكتشاف تلك العمليات فور وقوعها والحيلولة دون استغلالها لتمرير العمليات المشبوهة ، أو عدم الالتزام التام بالتعليمات والقرارات الوزارية التي تصدر إليها من الجهات الحكومية المشرفة عليها بخصوص البنود السابق ذكرها – ومثالها تعليمات بنك الكويت المركزي بالنسبة للبنوك – وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزارية أخرى ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال[١٥٣].

وجدير بالملاحظة أن جزاء الإخلال بأي من الالتزامات المذكورة هو العقوبة المالية التي لا تتجاوز مليون دينار كويتي. وغنيٌّ عن البيان أن هذه عقوبة جزائية لابد من صدور حكم قضائي بها. ومن ثمَّ ، لا توقع هذه الغرامة مباشرة من الجهة الرقابية المعنية. وعليه ، فإذا قصّر أحد البنوك المحلية في الالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون أو بعضها ، فلا يمكن لبنك الكويت المركزي ايقاع الجزاء المذكور على ذلك البنك ، وإنما لابد من صدور حكم

---

(١٥٣) راجع البنود (١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) ، (١٤) من تعليمات بنك الكويت المركزي المشار إليها.

قضائي بذلك من القضاء[١٥٤].

ونرى أن نص المادة ٢/١١ من القانون الكويتي يمكن أن يرد عليه ملاحظتان: الملاحظة الأولى ، أن الجزاء المذكور ، أي الغرامة ، يمكن إنزاله على الجهة المخالفة لمجرد التقصير في أداء أو تنفيذ أحد الالتزامات المنصوص عليها بالمادة. فلا يشترط لإيقاع الجزاء أن يكون الامتناع عن تنفيذ الالتزامات أو الإخلال بها عمدياً ، ولكن يكفي في ذلك حصول الامتناع أو وقوع الإخلال بالإهمال. وأما الملحوظة الثانية ، فهي إمكانية الحكم بالغرامة على البنك أو الشركة أو أية مؤسسة مالية بناء على تقصيرها في أداء أو تنفيذ أحد الالتزامات بالمادة ٣ من القانون حتى ولو لم يترتب على هذا التقصير إفلات فعل من الأفعال أو معاملة من المعاملات التي يشوبها شبهة غسيل الأموال. ومثال ذلك أن إخفاق بنك ما في تنفيذ الالتزام الخاص بالتحقق من هوية العملاء ، من شأنه جعل ذلك البنك معرضاً لعقوبة الغرامة المذكورة حتى ولو ثبت فيما بعد عدم وجود أية شبهات حول هؤلاء العملاء وحتى ولو تأكدت سلامة جميع معاملاتهم مع البنك. وبعبارة وجيزة ، يترتب الحق في إيقاع الجزاء المنصوص عليه في المادة ١١ من القانون لمجرد حصول تقصير في أداء أحد الالتزامات المذكورة بالمادة ٣ من القانون.

ثانياً – الجزاء الخاص :

تنص المادة ١/١١ من القانون الكويتي على أنه "مع عدم الإخلال بأية

---

(١٥٤) راجع في تعريف الغرامة كعقوبة جنائية ، وضرورة صدور حكم قضائي يقررها: الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات – القسم العام (الطبعة السادسة – دار النهضة العربية ١٩٨٩) ص ص ٧٥٨–٧٧٦ ، وبصفة خاصة ص ٧٥٩.

عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، مع العزل من الوظيفة ، كل من يتعين عليه الإبلاغ وفقاً لأحكام البند ٤ من المادة ٣ من هذا القانون ولم يبلغ عن معاملة مالية مشبوهة اتصل علمه بها أو قام بإفشاء معلومات وصلت إليه بحكم وظيفته تتعلق بجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من هذا القانون أو قام بإتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بتلك الجرائم"٠

وطبقاً للنص المذكور ، فإن هناك ثلاثة أفعال تخضع للعقاب أو الجزاء الوارد به وهي :

(أ)- عدم الإبلاغ عن المعاملة المالية المشبوهة :

فيخضع للعقاب كلُ منْ اتصل علمه بمعاملة مالية مشبوهة ولم يقم بالإبلاغ عنها[١٥٥]٠ ويشترط لذلك أن تكون المعاملة التي لم يتم الإبلاغ عنها مشبوهة ، ولكن يكفي لتوفر الفعل المعاقب عليه مجرد وجود الاشتباه في المعاملة ، حتى ولو تبين سلامة العملية فيما بعد٠ فالفعل المعاقب عليه هو عدم الإبلاغ عن المعاملة المشبوهة في حد ذاته٠ كما يشترط لتجريم الفعل أن يكون الشخص يعلم بالمعاملة ، ونرى أنه يتعين بجانب ذلك أن يكون قد علم بوجود الشبهات حول تلك المعاملة ، أو بإمكانه أن يعلم بهذه الشبهات من خلال الظروف الموضوعية التي تحيط بالمعاملة كتلك الخاصة بظروف إبرامها وحجم المعاملة وأغراضها وشخص العميل وطبيعة نشاطه ٠٠٠ الخ٠

---

(١٥٥) ويلاحظ أن هناك التزاماً قانونياً على الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون بالإبلاغ عن المعاملات المشبوهة٠ المادة ٤/٣ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(ب)- إفشاء معلومات تتعلق بإحدى جرائم غسيل الأموال

ويشترط لتجريم هذه الصورة من صور السلوك عدة شروط :

١- **أن يكون هناك إفشاء لمعلومات.** بمعنى أن يقوم الشخص بتقديم معلومات إلى غير الجهات المختصة بأية طريقة من الطرق ، ويستوي أن يكون الإفشاء إلى شخص العميل ذاته المشتبه في قيامه بعملية من عمليات غسيل الأموال ، أو إلى شخص غيره. ويستوي أن تكون المعلومات المفشى بها في أية صورة كبيانات ، أو مستندات أو أوراق ... الخ ، وأن يحصل الإفشاء بأي شكل من الأشكال.

٢- **أن تتعلق المعلومات بجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون.** والجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون هي جرائم غسيل الأموال. وعليه ، فإن الإفشاء يكون معاقباً عليه فقط إذا كان متعلقاً بمعلومات خاصة بإحدى جرائم غسيل الأموال المذكورة بالقانون.

٣- **أن تكون المعلومات قد وصلت إلى الشخص بحكم وظيفته.** فالإفشاء المعاقب عليه قانوناً هو الذي يحصل عن معلومات وصلت إلى الشخص المفشي بحكم وظيفته. وهنا تكمن العلة من العقاب ، حتى لا يستغل الشخص وظيفته بإفشاء معلومات تتعلق بجريمة من جرائم غسيل الأموال ، وبما قد يترتب على هذا الإفشاء من احتمالات سيئة كهروب المجرم أو قيامه بالتمويه على السلطات المختصة بالمكافحة للإفلات بالجرم ، الأمر الذي يقوّض أهداف القانون ويؤدي إلى الإخلال بالثقة في مكافحة جرائم غسيل الأموال.

أما إذا أفشى الشخص بمعلومات عن إحدى جرائم غسيل الأموال

وصلت إليه عن غير طريق الوظيفة فلا ينطبق السلوك المؤثم.

وجدير بالذكر أن إفشاء معلومات وصلت إلى الشخص بحكم وظيفته عن إحدى الجرائم الخاصة بغسيل الأموال مؤثم في حد ذاته وبغض النظر عن النتائج التي قد تترتب أو لا تترتب على الإفشاء. فعلى سبيل المثال، يظل الإفشاء مؤثماً كجريمة سواء استفاد منه العميل المشتبه فيه، كأن يهرب بفعلته بأي شكل، أم لم يستفد منه ذلك العميل، كأن يكون الإفشاء في وقت لم يكن فيه بوسع المجرم اتخاذ أي تدابير للهرب بفعلته لإحكام السلطات المختصة حلقات القبض عليه.

(ج)- إتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بإحدى جرائم غسيل الأموال:

يشترط لوجود هذا السلوك المؤثم أن يحصل إتلاف أو إخفاء لمستندات أو أدوات، وذلك كالقيام بإتلاف المستندات أو الوثائق الدالة على هوية العميل المشتبه في اقترافه إحدى جرائم غسيل الأموال، أو غيرها من مستندات تتعلق بالمعاملة المشتبه في سلامتها كمستندات التحويلات المصرفية للمعاملة، أو العقود الخاصة بها، أو الشيكات أو الإشعارات المدينة أو الدائنة وغيرها. أو كإخفاء أو إتلاف الأوراق التي تبين المستفيدين الحقيقيين من المعاملة للتستر عليهم. كما ينطبق السلوك المؤثم في الحالة التي يتم فيها إخفاء أو إتلاف الأدوات المستخدمة في غسيل الأموال، كإخفاء أو إتلاف أجهزة الكومبيوتر أو إتلاف النظام العامل بها والمخزن عليه المعاملات أو إخفاء أو إتلاف برامج الكومبيوتر أو الأقراص الممغنطة التي تحتفظ بسجل عن المعاملات بما فيها المعاملات المشبوهة. وعادة ما يقع فعل الإخفاء أو

الإتلاف من جانب أحد موظفي البنك أو الشركة أو المؤسسة المالية وذلك بحكم وجود المستندات والأوراق أو الأدوات تحت يده ، على أن ذلك لا يمنع من وقوع الفعل من أشخاص آخرين يتمكنون من الاستيلاء على تلك المستندات أو الأوراق بطرق أخرى.

وعلة تجريم هذا السلوك واضحة ، إذ أن إتلاف أو إخفاء المستندات أو الأدوات من شأنه طمس معالم الجريمة وأدلة الإثبات فيها ، وبما يؤدي إلى إفلات المجرمين بجرمهم من العقاب. لذا رأى المشرع تجريم هذا السلوك ردعاً لذوي النفوس الضعيفة من بعض موظفي البنوك والمؤسسات المالية وغيرهم من القيام بمساعدة غاسلي الأموال.

كما يشترط لتجريم سلوك الإخفاء أو الإتلاف أن تتعلق المستندات أو الأدوات التي يتم إخفاؤها أو إتلافها بإحدى جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون.

وإتلاف المستندات والأدوات المتعلقة بإحدى جرائم غسيل الأموال هو سلوك مؤثم في ذاته وبغض النظر عن تحقق أية فائدة منه لغاسلي الأموال. فمثلاً ، لو قام موظف بأحد البنوك بإتلاف مستندات هامة كان من شانها إثبات إحدى جرائم غسيل الأموال ، فإن سلوك هذا الموظف يبقى مؤثماً سواء تم الإمساك بتلابيب غاسلي الأموال بناء على أدلة أخرى ، أو سواء تم إفلاتهم بجرمهم من العقاب بناء على إتلاف مستندات الجريمة من جانب ذلك الموظف.

وتقرر المادة ١/١١ من القانون الكويتي عقوبات رادعة لكل أنماط

السلوك المذكورة بها ، إذ مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر ، يعقاب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ، مع العزل من الوظيفة ، كل شخص كان يتعين عليه الإبلاغ ولم يقم بالإبلاغ عن معاملة مالية مشبوهة اتصل علمه بها أو قام بإفشاء معلومات وصلت إلى علمه بحكم وظيفته تتعلق بجريمة من جرائم غسيل الأموال أو قام بإتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بتلك الجرائم[١٥٦].

ثالثاً - أحكام خاصة بشركات الأشخاص :

تتناول المادة ١٢ من القانون الكويتي أحكام المسئولية الجزائية لشركات الأشخاص ، إذ تنص على أنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجزائية للشخص الطبيعي المنصوص عليها في هذا القانون ، تسأل شركات الأشخاص جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية.... "[١٥٧].

ويتضح من ذلك أن القانون الكويتي قد قرر المسئولية الجزائية لشركات الأشخاص التي تتوفر لها الشخصة المعنوية وهي شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة. أما شركة المحاصة ، ورغم أنها من شركات الأشخاص ، فهي لا يمكن أن تكون مسئولة جزائياً باعتبارها شركة بلا كيان قانوني أو شخصية اعتبارية ، وإنما يُسأل عن جرائم غسيل الأموال بالنسبة لهذا الشكل من الشركات الشريك المحاص الذي يتولى أعمال الشركة وذلك بإعتباره شخصاً طبيعياً إذا توفرت أركان إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من

---

(١٥٦) المادة ١١ /١ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(١٥٧) المادة ١٢ /١ من القانون المشار إليه سابقاً.

القانون. كما يلاحظ أيضاً على هذا النص أن مسئولية الشخص الاعتباري لإحدى شركات الأشخاص، سواء شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة، لا تخل بمسئولية الشخص الطبيعي الشريك في إحدى الشركات المذكورة؛ وبعبارة أخرى، يمكن أن تتعاصر المسئولية الجزائية لكل من الشريك والشركة وطبقاً للأحكام والعقوبات المذكورة بالقانون.

وتقرر المادة ٢/١٢ من القانون عقوبة الغرامة التي لا تجاوز مليون دينار على الشركة إذا ما وقعت الجريمة لحسابها أو باسمها بواسطة أحد أجهزتها أو مديريها أو ممثليها أو أحد العاملين بها. وبالإضافة إلى عقوبة الغرامة، تحكم المحكمة بإلغاء الترخيص في مزاولة النشاط إذا كانت الشركة قد أنشئت بغرض القيام بإحدى جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون. وفي كل الأحوال، يتعين على المحكمة أن تقضي بمصادرة الأموال والممتلكات والعائدات والوسائط المستخدمة في إرتكاب إحدى الجرائم المذكورة، وذلك دون إخلال بحقوق الغير حسن النية، كالغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً أو شخصياً على تلك الأموال أو على بعضها. كما تحكم المحكمة بنشر الحكم في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين وذلك ضماناً للشفافية والعلانية[١٥٨].

كما تنص المادة ٣/١٢ من القانون على أن تباشر النيابة العامة الدعوى الجزائية ضد الشركة في مواجهة ممثلها القانوني وقت اتخاذ الإجراءات[١٥٩]. ويجوز للشركة أن يمثلها أي شخص لديه تفويض بهذا الأمر وفقاً للقانون، أو

---

(١٥٨) المادة ٢/١٢ من القانون المشار إليه سابقاً.

(١٥٩) المادة ٣/١٢ من القانون المشار إليه سابقاً.

طبقاً للنظام الأساسي للشركة كأن يكون الشريك المتضامن مدير الشركة أو أي شخص آخر تم تعيينه مديراً للشركة طبقاً للنظام الأساسي لها. ويلاحظ أن الشخص الذي تتخذ الإجراءات في مواجهته هو ممثل الشركة وقت اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد الشركة. وهذا الأمر يمكن أن يثير التساؤل فيما لو كانت الأفعال المكونة للسلوك الإجرامي قد حصلت في وقت سابق على الوقت الذي تولى فيه ممثل الشركة المسئوليات وقت اتخاذ الإجراءات. النص صريح في أن الإجراءات ضد الشركة تتخذ ضد الممثل القائم عن الشركة وقت اتخاذ الإجراءات[١٦٠]، وبمعنى آخر، فالإجراءات لن تتخذ في الحالة المذكورة في مواجهة المدير السلف؛ ولكن ذلك لا يخل بالمسئولية الجزائية للمذكور أخيراً كشخص طبيعي عن أية جرائم لغسيل الأموال يكون قد تورط فيها شخصياً.

(١٦٠) المادة ٤/١٢ من القانون المشار إليه سابقاً.

المطلب الثالث

الالتزامات والجزاءات في القوانين الأخرى

أولاً - القانون المصري :

١- التزامات المؤسسات المالية :

تنص المادة ٨ من القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال بالتزام المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال والمشار إليها في المادة ٤ من القانون المذكور، كذلك فإنه يتعين على المؤسسات المالية وضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين، والأشخاص الإعتباريين، وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف[١٦١]. كما لا يجوز للمؤسسات المالية (البنوك) فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية[١٦٢].

كما تنص المادة ٩ من القانون المصري على التزام المؤسسات المالية بإمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجريه من العمليات المالية المحلية أو الدولية، ويجب أن تتضمن تلك السجلات والمستندات البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات. وبالاضافة إلى ذلك، تلتزم المؤسسات المالية بالاحتفاظ بالسجلات والمستندات المذكورة وبسجلات بيانات العملاء

---

(١٦١) المادة ١/٨ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

(١٦٢) المادة ٢/٨ من القانون السابق.

والمستفيدين المشار إليهم في المادة ٨ من هذا القانون لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة أو من تاريخ قفل الحساب، بحسب الأحوال. كما يجب على تلك المؤسسات تحديث البيانات المشار إليها بصفة دورية وأن تضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات الأخرى المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في أي من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام[١٦٣]. ويجيز القانون لتلك المؤسسات الاحتفاظ للمدة المذكورة (أي لمدة الخمس سنوات) بالصور المُصّغرة (الميكروفيلمية) بدلاً من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد التي يصدر بها قرار من وحدة مكافحة غسيل الأموال[١٦٤].

وتحظر المادة ١١ من القانون المصري الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام قانون مكافحة غسل الأموال عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل الأموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها[١٦٥]، وذلك حتى يتوفر عنصر المفاجأة في محاصرة الجناة ، ولمنعهم من القيام بأية احتياطات لطمس معالم وآثار الجريمة أو إعدام الأدلة عليها وبما قد يعيق مهمة السلطات المختصة.

---

(١٦٣) المادة ١/٩ من القانون السابق.

(١٦٤) المادة ٢/٩ من القانون السابق.

(١٦٥) المادة ١١ من القانون السابق.

٢- الجزاءات :

وتضع المادة ١٥ من القانون المصري الجزاءات على مخالفة أي من الالتزامات المذكورة (أي الالتزامات المنصوص عليها في المادة ٨، والمادة ٩، والمادة ١١) ، إذ طبقاً للمادة ١٥ يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحد الالتزامات المذكورة· وذلك في الأحوال التي ترتكب المخالفة من شخص طبيعي[١٦٦]· أما في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري ، فإنه طبقاً للمادة ١٦ من القانون المصري ، يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الإعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته[١٦٧]· كما يكون الشخص الإعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد حصلت من أحد العاملين باسم الشخص الإعتباري ولصالحه[١٦٨]·

ثانياً - القانون اللبناني :

١- التزامات المؤسسات المالية :

طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٣١٨ بشأن مكافحة تبييض الأموال يتعين على المؤسسات المالية الخاضعة لقانون سرية المصارف الصادر في

---

(١٦٦) المادة ١٥ من القانون السابق·

(١٦٧) المادة ١/١٦ من القانون السابق·

(١٦٨) المادة ٢/١٦ من القانون السابق·

١٩٥٦/٩/٣ القيام بما يلي :

- التحقق من الهوية الحقيقية للزبائن الدائمين للمؤسسات المصرفية والمالية وتحديد هوية صاحب الحق الاقتصادي عند إتمام التعامل بواسطة وكلاء أو تحت ستار أسماء مستعارة عائدة لأشخاص أو لمؤسسات أو لشركات أو عن طريق حسابات مرقمة ، كما تطبق نفس الإجراءات بالنسبة للعملاء العابرين فيما يتعلق بالتحقق من الهوية إذا كانت العملية أو سلسلة العمليات المطلوبة تفوق مبلغاً معيناً[١٦٩].

- الإحتفاظ بصور المستندات الخاصة بجميع العمليات وبصور الوثائق الرسمية المتعلقة بهوية المتعاملين لمدة خمس سنوات على الأقل بعد إنجاز العملية أو إقفال الحسابات[١٧٠].

- تحديد المؤشرات أي الضوابط أو المعايير التي تدل على إحتمال وجود عمليات تبييض أموال ، وكذلك وضع مبادئ الحيطة والحذر لكشف العمليات المشبوهة[١٧١].

- الالتزام بعدم إعطاء إفادات مغايرة للحقيقة بغية تضليل السلطات الإدارية أو القضائية[١٧٢].

- التزام مفوضي مراقبة المصارف والمؤسسات المالية بالتحقق من تقيد

---

(١٦٩) المادة ٥ (أ) ، (ب) من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تبييض الأموال.

(١٧٠) المادة ٥ (ج) من القانون السابق.

(١٧١) المادة ٥ (د) من القانون السابق.

(١٧٢) المادة ٥ (هـ) من القانون السابق.

تلك المؤسسات والمصارف بأحكام النظام موضوع المادة الخامسة من قانون مكافحة تبييض الأموال وإبلاغ حاكم مصرف لبنان عن أية مخالفة بهذا الشأن[١٧٣].

- القيام فوراً بإبلاغ هيئة التحقيق الخاصة التي تنشأ لدى مصرف لبنان عن تفاصيل العمليات المشتبه بأنها تخفي تبييض أموال[١٧٤].

- الالتزام بالسرية وعدم الإفشاء عما يخص الإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة طبقاً للقانون. وينطبق هذا الالتزام على الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين، كما يسري بالنسبة لكافة المستندات المقدمة بهذا الشأن وعلى كافة إجراءات التحقيق في جميع مراحله. ولا يستثنى من ذلك إلا قرار هيئة التحقيق الخاصة بالموافقة على رفع السرية المصرفية[١٧٥].

٢- الجزاءات :

تنص المادة الثالثة عشرة من القانون اللبناني بعقاب كل من يخالف الالتزامات السابق بيانها، وهي الالتزامات الواردة في المواد الرابعة والخامسة والسابعة والحادية عشرة، بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة حدها الأقصى عشرة مُلايين ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين[١٧٦].

---

(١٧٣) المادة ٥ (و) من القانون السابق.

(١٧٤) المادة (٧) من القانون السابق.

(١٧٥) المادة (١١) من القانون السابق.

(١٧٦) المادة (١٣) من القانون السابق.

ثالثاً - القانون الإماراتي:

١- التزامات المؤسسات المالية:

تنص المادة ١٢ من القانون الإماراتي على أنه ينبغي على جميع الجهات أن تعامل المعلومات التي تحصل عليها والمتعلقة بجرائم غسل الأموال بالسرية ولا تكشف سريتها إلا بالقدر الذي يكون ضرورياً لاستخدامها في التحقيق أو الدعاوى أو القضايا المتعلقة بمخالفة أحكام القانون المذكور[١٧٧].

٢- الجزاءات:

تنص المادة ١٦ من القانون الإماراتي بعقاب كل منْ يقوم بإخطار أي شخص بأن معاملاته قيد المراجعة بشأن عمليات مشبوهة أو بإخطاره بأن السلطات الأمنية وغيرها من الجهات المختصة تقوم بالتحري عن قيامه بعمليات مشبوهة وذلك بالحبس مدة لا تجاوز سنة أو بالغرامة التي لا تجاوز خمسين ألف درهم ولا تقل عن خمسة آلاف درهم[١٧٨].

---

(١٧٧) المادة (١٢) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية.

(١٧٨) المادة (١٦) من القانون السابق.

المبحث الثالث
أنماط المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال
والتحري والإبلاغ عنها

تمهيد وتقسيم :

تتم عملية غسيل الأموال بأساليب وأشكال عديدة تتدرج من البساطة إلى التعقيد ، بحسب ظروف وطبيعة العملية . كما أن اختيار أسلوب دون آخر يتوقف إلى حد بعيد على فطنة وخبرة غاسلي الأموال . وقد أصبح للتكنولوجيا دور خطير في تطوير تلك الأساليب ، وبما من شأنه تيسير الأمور لغاسلي الأموال للقيام بمعاملاتهم المشبوهة ، وبما يزيد – في نفس الوقت – من مشقة السلطات المختصة في تعقب تلك المعاملات وعرقلة جهودها في هذا الخصوص[١٧٩].

وهناك أنماط عديدة من المعاملات المشبوهة التي تتم من خلال استعمال النقد ، أو من خلال الحسابات المصرفية ، أو عن طريق معاملات مالية تتصل بأنشطة استثمارية ، أو بالقيام بنشاطات دولية خارج نطاق الدولة أو

---

(١٧٩) راجع بصفة خاصة :

Barry A. K. Rider, "Cyber-Organized Crime- The Impact of Information Technology on Organised Crime", Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 332-345 (June 2001).

أيضاً :

S.J. Hughes, "Policing Money Laundering Through Fund Transfer: A Critique of Regulation under the Bank Secrecy Act", Volume 67 Indiana Law Journal, pp. 283-291.

Bruce Zagaris and S.B. McDonald, "Money Laundering, Financial Fraud and Technology" The perils of an instantaneous Economy" Volume 26 George Washington Journal of International and Economic Law, pp. 61-63 (1992).

Jon Mills, "Internet Casinos: A Sure Bet for Money Laundering" Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 365-383 (June 2001).

باشتراك أو تورط موظفين ووكلاء لمؤسسات مالية ، أو من خلال معاملات التحويل المضمونة وغير المضمونة أو باللجوء إلى وسائل الدفع الالكترونية ٠

وقد حرصت القوانين وتعليمات البنوك المركزية في عديد من الدول على وضع الضوابط التي ينبغي مراعاتها للتحري عن مدى سلامة المعاملات والإجراءات التي يجب التقيد بها للإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ٠

وفيما يلي نتناول الأنماط المختلفة من المعاملات المشبوهة وكيفية التحري والإبلاغ عنها ، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول : أنماط من المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال

المطلب الثاني : التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة

المطلب الأول

أنماط من المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال

أولاً – غسيل الأموال باستخدام معاملات نقدية:

قد تقوم شبهة غسيل الأموال في حالة قيام العميل بتبديل كميات ضخمة من أوراق نقدية ذات فئات صغيرة بأوراق نقدية ذات فئات كبيرة. ولقد حكم في فرنسا بإدانة أحد البنوك باعتباره مساهماً في جريمة أصلية قام بها أحد العملاء، وكانت عبارة عن جريمة تهريب أوراق نقدية، إذ قام مدير البنك – رغم علمه بالماضي الإجرامي للعميل – بمساعدة ذلك العميل في استبدال الأوراق النقدية الصغيرة بأوراق كبيرة فئة الخمسمائة فرنك لتسهيل عملية التهريب إلى دولة أخرى(١٨٠).

كما قد يلجأ غاسلو الأموال إلى ما يعرف بأسلوب تجزئة الإيداعات أو ما يطلق عليه في بعض الأحوال إعادة هيكلة الإيداعات Restructring of Deposits، وذلك لتفادي ظهور معاملاتهم في التقارير الدورية التي تقدمها البنوك إلى البنك المركزي. ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً يقضي القانون الأمريكي بوجوب التقرير عن المعاملات التي تساوي أو تزيد عن عشرة آلاف دولار. وطبقاً لتعليمات بنك الكويت المركزي يجب أن يشمل البيان الدوري كافة المعاملات النقدية التي تساوي أو تزيد عما يعادل ثلاثة آلاف

---

(١٨٠) راجع:

Tribunal de Grande Instance de LAURE, 4 November (1971) p. 276 note c. CAVALDA.

كما هو مذكور ومشار إليه في مؤلف الدكتور سليمان عبدالمنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٢.

دينار كويتي سواء تمت بالدينار الكويتي أو بعملة أخرى[١٨١].

وهكذا، يتبع غاسلو الأموال أسلوب تجزئة الإيداعات للتعتيم على الأموال غير النظيفة والهروب من أحكام التقرير بإيداع النقود التي تزيد على مبالغ معينة في الدول التي تتطلب قوانينها ذلك، كما في الولايات المتحدة الأمريكية؛ أو للالتفاف حول ما تتطلبه البنوك المركزية من التقرير عن المعاملات التي تزيد عن حدود معينة، كما في دولة الكويت[١٨٢]. ولقد ظهرت مشكلة تقسيم الإيداعات أو المعاملات بوضوح في عام ١٩٩٢ بولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك بمناسبة قضية "الجدة"

---

(١٨١) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٩٢/٢٠٠٢)، المشار إليها، بند رقم (٢٠)، ص ٩.

(١٨٢) السابق؛ كما تطلب القانون الأمريكي الخاص بسرية البنوك لعام ١٩٧٠ ضرورة قيام البنوك بالتقرير عن العمليات النقدية إلى مصلحة الضرائب، وبحيث يتوجب على العميل أو من ينوب عنه أن يملأ لدى البنك نموذجاً خاصاً عندما يقوم في يوم واحد بعملية أو أكثر قيمتها عشرة آلاف دولار أمريكي أو أكثر. كما أوجب القانون على كل شخص ينقل أوراقاً نقدية أو غيرها من الأوراق التجارية التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دولار أو أكثر من أو إلى الولايات المتحدة الأمريكية أن يقوم بالإعلان عن ذلك في نموذج معين يقدم إلى السلطات المختصة. ولكن يلاحظ أن هذا الالتزام يسري على النقل المادي للنقود ولا يسري على التحويل الإلكتروني لها. ولم يكن لقانون سرية البنوك الأمريكي الأثر المنشود لقمع عمليات غسيل الأموال، وظهر ذلك، بصفة خاصة، في الفترة ما بين عام ١٩٧٠ إلى ١٩٨٠؛ إذ لم تلتزم البنوك - في تلك الفترة - بتقديم التقارير التي أوجبها القانون، كما كان من العسير على الجهات الرقابية حصر ورصد هذه المخالفات، فاستمرئ غاسلو الأموال استخدام البنوك كقنوات لتطهير عملياتهم المشبوهة. راجع بصفة خاصة:
Berta Esperanza Hernandez, "Money Laundering and Drug Trafficking....
المقالة المشار إليها، ص ٢٦١ وما بعدها.
أيضاً:
Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem....."
المقالة المشار إليها ص ١٥٥ وما بعدها.

Grandmother، حيث كانت سيدة عجوز تقود مجموعة من السيدات في منتصف العمر للقيام بعمليات إيداع صغيرة تقل كل واحدة منها عن عشرة آلاف دولار في كل مرة ، لدرجة أنه قد بلغ مجموع تلك الإيداعات حوالي خمسة وعشرين مليون دولار أمريكي كان مصدرها تجارة المخدرات من ولاية فلوريدا(١٨٣).

وتحث البنوك الأمريكية العاملين والموظفين فيها باتخاذ أقصى درجات الحيطة والحذر وعدم إعطاء العملاء أي نصائح تتعلق بإمكانية تقسيم الإيداعات النقدية حتى لا يُفسَّر أو يؤخذ ذلك على أنه مساعدة من البنوك لهم للتهرب من أحكام التقرير الذي فرضه القانون ، لاسيما وأن غاسلي الأموال ، قد عمدوا إلى إحداث ثغرة في نظام كتابة التقرير عن المبالغ النقدية التي تزيد على عشرة آلاف دولار وذلك بالقيام بعمل العديد من الإيداعات الصغيرة التي تقل عن المبلغ المذكور(١٨٤).

---

(١٨٣) راجع :

Scott Sultzer, "Money Laundering ......"

المقالة السابقة ، ص ١٥٦.

(١٨٤) راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations.....

المقالة المشار إليها ، ص ٤٥٨.

وفي قضية *Ratzalf v. U.S.* ، حكم بعقاب المتهم لإدانته بالقيام بتعمد وبصفة مستمرة بهيكلة عمليات نقدية بمائة ألف دولار بإيداعات تقل في كل مرة عن عشرة آلاف دولار بهدف التهرب من أحكام الإيداع عن هذه العمليات وفقاً لما يقضي به القانون ولاستخدامها لدفع قيمة دين قمار في أحد النوادي ، أنظر:

Ratzalf v. U.S., 114 S. Ct. 655 (1994).

كما هو مذكور ومشار إليه في :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem.... =

كمـا أن تعليمات بـنك الكويـت المركـزي صـريحة في وجـوب اتخـاذ إجـراءات البحـث والـتحري اللازمة عن كافة المعاملات التي يشتبه البنك بأنها من عمليات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب ، وبغض النظر عن حجم المبالغ المتصلة بالمعاملة[(١٨٥)]. وعليه ، فـإن قـيام العمـيل بـتجزئة إيداعاتـه في أحـد البـنوك الكويتية إلى ما يقل عن ثلاثة آلاف دينار أو ما يعادلهم لا يعني أن يغض البـنك الطرف عـن تلـك العمليات فـيما لـو وجـدت شبهات تحـوم حولها لغسل الأمـوال. وإنمـا يجـب عـلى البـنك أخـذ الحـيطة والحـذر حـتى في المعاملات التي تقل عن الحدود المذكورة في التعليمات.

كمـا قـد تـثور الشـبهات حـول المعـاملات الـتي تتضـمن إيداعـات نقديـة تـنطوي عـلى أوراق نقـد أو مسـتندات مـزيفة ، أو إيداعات نقدية مستمرة لتغطية طلبات تخفـي شيكات مصرفية أو تحـويلات مالية ، أو أدوات مالية قابلة للتداول وجاهـزة للتسـويق ، أو تحـويلات لمـبالغ نقديـة كـبيرة مـن الأمـوال إلى أو مـن جهـات خـارج نطـاق الدولـة وذلـك بتعليمات تقضـي بالدفـع النقدي لاسيما إذا

=المقالة المشار إليها ، ص ١٦٨ ، وهامش رقم (١٤٧) من نفس المقالة.

كما تنص المادة (١١) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "يحظر الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها". كذلك راجع المادة ١١ من قانون مكافحة غسيل الأموال الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(١٨٥) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٩٢/٢٠٠٢) بند رقم (١٢) ، ص ٦.

وفي الفقه الغربي ، راجع:

Simon Gleeson, "The Involuntary Launderer: The Banker's Liability for Deposits of the Proceeds of Crime" Published in "Laundiring and Tracing – Peter Birks – editor – Clarendon Press, Oxford 1995) pp. 115 – 133.

كانت تلك الجهات موجودة في دول تتميز بنوكها بالسرية المصرفية المطلقة أو معروف عنها تجارة المخدرات أو على القائمة السوداء التي تصدرها لجنة العمل المالية الدولية FATF [١٨٦].

كما يتعين تمحيص مدى سلامة المعاملات في حسابات الشركة التي تجرى أغلب عملياتها من إيداع أو سحب على أساس نقدي، بدلاً من أشكال الإضافة والخصم التي تتعلق عادة بالعمليات التجارية كالشيكات، خطابات الاعتماد، الكمبيالات، سندات السحب؛ وكذلك معاملات فروع البنوك التي تكون نقدية على نحو غير اعتيادي في حين تكشف إحصاءات المراكز الرئيسية لها انحساراً في المعاملات النقدية[١٨٧]، وأيضاً وجود إيداعات نقدية بمبالغ كبيرة من خلال أجهزة الإيداع الالكترونية تفادياً للاتصال المباشر مع موظفي ومسئولي البنك[١٨٨]، وودائع نقدية ضخمة على نحو غير اعتيادي من جانب أفراد أو شركات ذات أنشطة تتولد عادة عن طريق الشيكات والأدوات الأخرى[١٨٩].

وقد يقوم غاسلو الأموال بمعاملاتهم المشبوهة من خلال تحويلات متكررة لمبالغ نقدية من عملة إلى أخرى دون أن تكون طبيعة نشاط العميل

---

(١٨٦) راجع : دليل الإرشادات لأنماط من المعاملات المشبوهة، الملحق بتعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٩٢/٢٠٠٢) (دليل الإرشادات). أيضاً:
Brian R. Allen, The Banking Confidentiality Laws of Luxemburg.....
المقالة المشار إليها، ص ٨٩ وما بعدها.

(١٨٧) دليل الإرشادات، المشار إليه سابقاً، ص ١.

(١٨٨) دليل الإرشادات، المشار إليه سابقاً، ص ٢.

(١٨٩) دليل الإرشادات، المشار إليه سابقاً، ص ١.

تتطلب ذلك • كما يمكن استخلاص شبهة غسيل الأموال من حصول زيادات هائلة في الودائع النقدية لأفراد أو لشركات دون أن يكون لها أسباب واضحة ، خاصة إذا تم تحويل تلك الودائع بعد إيداعها بفترة قصيرة خارج الحساب وبالذات إلى جهة ليست متصلة بالعميل لاسيما مع تجنب العميل الاتصال المباشر مع موظفي ومسئولي البنك أو ارتياد البنك على نحو اعتيادي[190].

ولعل وقائع القضية المعروفة بـ Pizza connection هي مثال جيد لهذا النمط من المعاملات المشبوهة• وقد تضمنت القضية المذكورة تعاملات لأعضاء من المافيا الإيطالية وشركاؤهم الأمريكيين من خلال مؤسسات مالية كبرى في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا• ففي عام ١٩٥٧، تم رصد مقابلات في مدينة نيويورك بين قادة عصابات المافيا بشأن تجارة المخدرات ، ولم تظهر الأدلة على ذلك إلا في بداية عام ١٩٨٠ حين أظهرت المراقبة قيام أفراد تلك العصابات بتحويل ونقل كميات ضخمة من النقد Cash عن طريق المؤسسات المالية في كل من سويسرا وإيطاليا ، وكان يتم إظهار هذا النقد في شكل مدخولات وعوائد محلات البيتزا وغيرها من تجارة الأغذية والمأكولات الايطالية المنتشرة في أرجاء الولايات المتحدة• وكانت هذه النقود عادة ما تكون في هيئة أوراق مالية صغيرة وكان يتم إخراجها من الولايات المتحدة بثلاث طرق: إما بنقلها مباشرة بطائرة خاصة إلى برمودا ، أو بأوامر تحويل بمبالغ تقل في كل عملية عن مبلغ عشرة آلاف دولار لتجنب كتابة الإقرار البنكي الخاص بالمعاملة التي تساوي أو تزيد عن هذا المبلغ ، أو من خلال التحويل بين تجار التجزئة في نيويورك وزيورخ• وكان من أبرز أعضاء المافيا

(١٩٠) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ١.

في تلك القضية شخص يدعى Franco Della Torre ، وقد قام في عام ١٩٨٢ بإيداع مبلغ قدره مليون دولار من فئة الأوراق النقدية الصغيرة في حساب له لدى ميرل لينش في نيويورك ، ثم قام في خلال الشهر التالي بإيداع مبلغ قدره أربعة ملايين دولار نقداً وتم مصاحبته بمعرفة أحد موظفي ميرل لينش إلى Banker's Trust حيث يوجد حسابات لميرل لينش ، ولكن ثارت الشكوك لميرل لينش من الرفض المتكرر من جانب Torre للدخول إلى القاعة المصرفية في البنك حتى يتم الإيداع ، حيث استنتجت ميرل لينش أن دافعه لذلك ربما يكون حرصه على عدم الظهور أمام الكاميرات الأمنية المثبتة في تلك القاعة. وبسبب هذه الشكوك ، قامت ميرل لينش بإغلاق كافة حسابات Torre، رغم أن هذه الحسابات كان يتم تشغيلها من الناحية المصرفية بطريقة صحيحة ، وبعد إغلاق تلك الحسابات ، قام Torre بفتح حسابات لدى بنك E.F. Hutton . وفي الفترة بين أبريل ويونيو عام ١٩٨٢ قام Torre بإيداع أموالاً نقدية Cash مجموعها مبلغ قدره خمسة ملايين ومائتا ألف دولار في حسابه لدى E.F. Hutton ، ثم قام بعدئذ بفتح حساب آخر باسم شركة معينة، وحساب آخر لشركة أخرى في ذات البنك. وقد أظهر الحساب الأخير بأنه قام بتحويل ثلاثة عشر مليون دولار من الولايات المتحدة لصالح شركة سويسرية للاستيراد والتصدير. وقد استطاع Torre بمفرده أن يغسل بهذه الطريقة ما يزيد على ثمانية عشر مليون دولار في عام واحد[١٩١].

وتشير القضية السابقة كذلك إلى أن إحدى الوسائل التي يمكن بها

---

(١٩١) راجع في وقائع القضية المذكورة :

Guide to the Prevention of Money Laundering.......

المشار إليه ، ص ص ٣١-٣٤.

كشف غسيل الأموال وجود زيادات هائلة في الودائع النقدية لأفراد أو لشركات دون أن يكون لها أسباب واضحة ، لاسيما إذا تم تحويل تلك الودائع بعد فترة قصيرة من الإيداع خارج الحساب وبالذات إلى جهة ليست متصلة بنشاط العميل.

ثانياً - غسيل الأموال باستخدام حسابات مصرفية:

وقد يتم غسيل الأموال من خلال قيام العميل بالاحتفاظ بعدد من الحسابات العادية أو حسابات الأمانات والتي لا تبدو متوافقة مع نوع وطبيعة نشاطه ، أو من خلال الاحتفاظ بحسابات عديدة وإيداع مبالغ نقدية بسيطة في كل منها - للتستر عليها - بينما يصل إجمالي الإيداعات فيها جميعاً إلى مبالغ ضخمة[١٩٢].

كما قد يحصل غسيل الأموال باستخدام حسابات مصرفية لأفراد أو شركات لا تظهر حساباتهم عملياً أنشطة مصرفية معتادة أو أنشطة اقتصادية تحتاج إلى خدمات مصرفية ، ولكن تستخدم تلك الحسابات لإيداع أو صرف مبالغ ضخمة لا تتوافر لها أغراض محددة واضحة أو ليست لديها علاقة مع صاحب الحساب و/ أو أنشطته أو أعماله[١٩٣]. وتطبيقاً لذلك ، وفي قضية عرفت باسم Computer Theft ، فقد قام أحد البنوك الانجليزية بإخطار السلطات بوجود شبهات حول أحد عملائه من الشركات المتخصصة في أعمال تجارة الأثاث والمعدات المكتبية ، حيث لاحظ مسئول الحساب بالبنك أن رئيس الشركة العميل ، ولمدة طويلة ، كان يقوم بسحب مبالغ نقدية ضخمة بواقع

(١٩٢) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ٢.

(١٩٣) السابق ، ص ٢.

مرتين أسبوعياً ، وحيث أن مسئول الحساب بخبرته كان يدرك أن نوع وطبيعة وحجم نشاط العميل لا يحتاج إلى قيامه بسحب تلك المبالغ الضخمة ، فقد أبلغ البنك السلطات المختصة عن الشكوك في مدى سلامة معاملات الشركة العميل ٠ وبعد التحري ومراقبة رئيس تلك الشركة ، تبين أن رئيسها كان يقوم برحلة من لندن إلى مانشستر بواقع مرتين في الأسبوع حيث كان يلتقي بأشخاص لهم سجلات إجرامية في مجال سرقة أجهزة الكومبيوتر ، وتبين أنه كان يشتري تلك الأجهزة منهم بأثمان زهيدة للقيام بإدماجها في مجال أعمال الشركة ٠ وهذه القضية تشير إلى أنه من المهم التعرف على نشاط العميل ومتابعته ، فمثلاً أدرك مسئول الحساب في القضية المذكورة أن طبيعة نشاط تجارة الأثاث المكتبي لا تقتضي القيام بعمليات السحب النقدي الضخم بطريقة متواترة ، كما أن تكرار نمط السحب ولفترة طويلة جعل مسئول الحساب يشعر بأن ما يحدث ليس شيئاً عادياً أو عمليات عابرة (١٩٤)٠

كما تثور الشكوك في مدى سلامة المعاملات إذا رفض العميل إعطاء البنك معلومات تعتبر عادية عند فتح الحساب ، وذلك بتقديم الحد الأدنى من المعلومات ، أو تقديم معلومات وهمية ، أو معلومات من الصعب على البنك التحقق منها عند فتح الحساب ، أو قد تكون إجراءات التقصي بالنسبة لها بالغة التكلفة(١٩٥)٠ وتنهض الشبهات أيضاً في غسل الأموال بالنسبة للعملاء الذين يحتفظون – دون اسباب واضحة – بحسابات مع بنوك متعددة في ذات

---

(١٩٤) راجع في وقائع القضية المذكورة :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ص ٤٦-٤٧.

(١٩٥) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٢.

المنطقة، أو أولئك الذين يقومون بالتسوية نقداً بين مدفوعات خارجية (أوامر دفع ، حوالات) وأرصدتهم في ذات اليوم أو اليوم السابق ، وكذلك في حالة العميل الذي يقوم بإيداع شيكات في حسابه بمبالغ ضخمة من الغير ويتم تظهيرها لصالح العميل ، وكذلك تفادي العميل أو ممثلي الشركات العملاء الاتصال المباشر مع المسئولين بالبنك ، وأيضاً تزايد استخدام أجهزة الإيداع الالكترونية في حساب العميل وزيادة الحركة على الحساب بشكل مفاجئ ، أو تقاعس العميل عن استخدام أرصدة حساباته الدائنة والخدمات المصرفية المتاحة بما يحقق فائدة له (مثل تفادي تحمل نسب عمولات أو هوامش أرباح مرتفعة على عمليات تمويل بمبالغ كبيرة رغم وجود أرصدة دائنة لدى العميل)، أو حصول زيادات ضخمة في حجم الودائع النقدية أو للأدوات القابلة للتداول من جانب عملاء مؤسسات وشركات باستخدام حسابات عملائهم أو حسابات أمانات ؛ لاسيما إذا كانت تلك الودائع يتم تحويلها مباشرة بين الحسابات المودع فيها إلى حسابات أخرى ، أو قيام عدد كبير من العملاء الأفراد بإيداع أموال في حساب واحد دون وجود مبرر أو تفسيرات أو ايضاحات مناسبة[١٩٦].

كما قد تظهر الشكوك في غسيل الأموال في حالة وجود سحوبات نقدية كبيرة من حساب كان في السابق حساباً خاملاً غير متحرك ، أو من حساب أضيف إليه مؤخراً مبالغ ضخمة غير متوقعة من الخارج[١٩٧]. وقد تبدى ذلك من خلال قضية حصلت وقائعها في عام ١٩٩٧ ، إذ قام عميل غير مقيم بفتح

---

(١٩٦) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ص ٢-٣.

(١٩٧) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٢.

حساب جارٍ في أحد بنوك لاهاي The Hague • وقام العميل باستخدام هذا الحساب لتحويل أموال من عدة شركات أوروبية إلى بنوك في تكساس في الولايات المتحدة الأمريكية• وكان البنك الهولندي في لاهاي قد وافق على فتح الحساب للعميل بعد أن قام الأخير بإطلاع مسئولي البنك على مطبوعات تبين خطط أعماله ونشاطه في مجال تجارة النفط• وبعد فتح الحساب بأسابيع قليلة ، ظهر لمسئولي البنك أن الحساب كان دائناً باستمرار من تحويلات واردة من بنوك أوروبية ، وفي خلال الأشهر اللاحقة ، لم يحصل أي تحويل على الإطلاق إلى البنك في تكساس بالولايات المتحدة (وهو الغرض من الحساب)، بينما كان العميل يوالي السحب النقدي بمبالغ ضخمة للغاية من الحساب ، كما أن كميات أخرى كان يتم تحويلها بصفة دورية إلى حسابات في إحدى الدول الاسكندنافية• ثار الشك لدى البنك في لاهاي والذي قام بإبلاغ السلطات المختصة• وبعد التحري ، تبين أن الحسابات التي يتم التحويل إليها في تلك الدول الاسكندنافية لا تمت لعملاء في مجال صناعة النفط ، كما كشفت التحريات والتحقيقات عن وجود غش في تلك العمليات(١٩٨)• ولاشك أن القضية المذكورة ، توضح أهمية المراقبة المستمرة لحساب العميل ومدى مطابقة العمليات التي ترد عليه مع طبيعة نشاط العميل والغرض من فتح الحساب•

---

(١٩٨) راجع في وقائع القضية المذكورة :

Guide to the Prevention of Money Laundering .....

المشار إليه ، ص ص ٤٣-٤٤.

ثالثاً – غسيل الأموال باستخدام معاملات مالية لها صلة بأنشطة استثمارية:

قد تنهض الشبهة في حالة قيام العميل بشراء أوراق مالية يتم الاحتفاظ بها لدى البنك بصفة أمانة في خزينة حديدية Safe custody في وقت لا يبدو فيه ذلك متناسباً مع المركز الظاهر للعميل. وفي قضية Saccoccia، تبين أنه قد قام بغسل أكثر من مائة وخمسين مليون دولار من خلال شركات وهمية وأعمال تجارة الماس والأحجار الكريمة، وكانت المبالغ المتحصلة يتم إيداعها في حسابات شركات واجهة في بنوك خارج الولايات المتحدة الأمريكية ثم يتم نقل وتحويل هذه المبالغ بعمليات عديدة ومعقدة عن طريق بنك سويسري يعمل في لندن. وأظهرت التحريات والتحقيقات علاوة على ذلك أن Saccoccia كان له خزائن حديدية في بنوك في لندن وفيينا وجدت فيها كميات ضخمة من النقد والأوراق المالية تقدر بملايين الدولارات. وصدر الحكم على Saccoccia بعقوبة السجن لمدة ٦٠٠ (ستمائة) عام، وهي أطول مدة عقوبة في سجل الحكام التي صدرت في قضايا غسيل الأموال (١٩٩).

كما تقوم الشبهات حول معاملات التمويل أو الودائع Back to Back مع شركات تابعة أو زميلة لمؤسسات مالية تقع وتعمل في مناطق تشتهر بتجارة المخدرات، أو من خلال تسويات ضخمة لعمليات بيع وشراء أوراق مالية والتي تتم بالسداد النقدي، أو عمليات شراء وبيع أوراق مالية دون توافر

---

(١٩٩) راجع في وقائع هذه القضية:

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه، ص ٣٤.

أغراض محددة لها أو تتم في ظروف غير عادية[٢٠٠].

وقد يحصل غسيل الأموال من خلال طلبات من عملاء أو محافظ بشأن شراء أو بيع أو أدوات أو خدمات استثمارية (سواء عملات أجنبية أو أوراق مالية)، لا يتضح فيها مصدر أموال العميل، أو تكون مصادر الأموال غير متماشية مع نشاطه الظاهر[٢٠١]. ففي قضية The confidence trickster، قدم شخص يدعى Horst نفسه إلى بنك في هولندا وأعلن لمسئول الحساب في البنك عن رغبته في فتح حساب تجاري باسم شخص آخر يدعى Boudewin، وحساب آخر لحساب شركة هي Credit BV والتي يمثلها أيضاً Boudewin. وبالفعل، تم فتح الحسابين بعد أن وعد Horst بأن Boudewin سيقدم إلى البنك ما يثبت هويته والأوراق الأخرى اللازمة لفتح الحسابين. وفي اليوم المحدد، قام Budewin بإتمام الإجراءات مع البنك. بعد شهر من فتح الحساب، تلقى البنك فاكساً من Budewin بأن Horst سيقوم بإيداع مبلغ ضخم في حساب شركة Credit BV وأن Horst مفوض في سحب مبالغ كبيرة من ذلك الحساب، بعد أن يتم إيداع المبلغ. وقام Horst بالحضور لمقر البنك لإتمام تلك المعاملات في اليوم التالي لإرسال الفاكس، وعندما سألْ مسئول الحساب Horst عن مصدر تلك المبالغ، أجاب Horst بأن شركة Credit BV هي شركة تعمل كوسيط في مجال الاستثمارات في أوروبا الشرقية، وذلك بجذب الأموال من المستثمرين في القطاع الخاص، والحصول على عائد سنوي قدره ٢٤٪ من خلال القيام بمبادلات والتجارة في مجال خطابات

---

(٢٠٠) دليل الإرشادات، المشار إليه، ص ٣.

(٢٠١) دليل الإرشادات، السابق، ص ٣.

الاعتمادات الترقبية Stand by letters of credit وأيضاً في مجال السندات البنكية المضمونة Prime Bank Guarantee Notes. ولمّا كان مسئول الحساب بالبنك - من واقع خبرته وعمله المصرفي - يعلم بأن الاعتمادات الترقبية لا تستخدم إلا في التعامل بين البنوك ولا يمكن القيام بمبادلتهم على النحو الذي أفصح به Horst ، فضلاً عن العائد المرتفع والذي يلغ ٢٤٪ كعوائد من تلك العمليات هو عائد لا يمكن تحقيقه نظراً للمبالغة الشديدة في النسبة. وقام البنك بإبلاغ السلطات المختصة عن شكوكه من أن كل من Horst و Budewin يرتكبان أعمالاً غير مشروعة وذلك باستخدام الاعتمادات الترقبية كغطاء لستر الغش في معاملاتهم أو لغسل العوائد الناشئة عن أعمال غير مشروعة. وبالفعل ، كشفت التحريات والتحقيقات التي قام بها البوليس الدولي Interpol على أن هناك عمليات غش دولي في تلك المعاملات وغيرها ، وتم القبض على Horst ومحاكمته حيث صدر ضده الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات ونصف ، أما Budewin فمازال طليقاً يبحث عنه البوليس الدولي[٢٠٢].

رابعاً - غسيل الأموال عن طريق أنشطة دولية خارج نطاق الدولة :

يحصل غسيل الأموال بهذا الطريق من خلال استخدام خطاب اعتماد ووسائل أخرى لتمويل التجارة بقصد تحريك الأموال بين دولة وأخرى في حين أن النشاط موضوع خطات الاعتماد لا يرتبط بنشاط العميل ، أو من خلال القيام ببناء أرصدة ضخمة لا تتماشى مع معدل دوران الأنشطة المعتادة

---

(٢٠٢) راجع في وقائع هذه القضية :

Guide to the Prevention of Money Laundering......

المشار إليه ، ص ص ٤٤ - ٤٦.

للعميل والتي يتم تحويلها فيما بعد إلى حساب أو حسابات يحتفظ بها الغير خارج إطار الدولة ، أو بالقيام بعمليات تحويل صادرة وواردة إلى عميل ما دون مرورها بأي من حساباته لدى البنك ، أو إذا اتخذت المعاملات شكل الطلب المتكرر والمنتظم لشيكات سياحية أو شيكات بعملات أجنبية (Drafts)، أو بالإيداع المتكرر والمنتظم لشيكات سياحية أو شيكات بعملات أجنبية (Drafts) في حساب العميل[٢٠٣]. كما تثور الشبهات في حالة تقديم عميل إلى بنك من قبل مؤسسات خارجية تقع في دولة تشتهر بنشاط إنتاج وترويج المخدرات ، أو في حالة العميل الذي يقوم بدفع / تلقي مبالغ كبيرة – بشكل منتظم – من خلال الدفع النقدي أو من خلال التحويل بالفاكس أو التلكس، مع عدم توافر ما يشير إلى مشروعية هذه المبالغ ، كما أنها ترتبط بعمليات مع دول مشهورة بارتباطها بإنتاج أو تسويق المخدرات ، أو ذات علاقة بمنظمات إرهابية محرّمة ، أو دول تعتبر ملاذاً للتهرب الضريبي[٢٠٤].

خامساً - غسيل الأموال الذي ينطوي على اشتراك أو تورط موظفين ووكلاء لمؤسسات مالية:

أدت جرائم غسيل الأموال إلى ظهور طائفة جديدة من المجرمين مستقلة ومختلفة عن طائفة المجرمين في الجرائم الأصلية التي تدر الأموال غير النظيفة ، وهذه الطائفة الجديدة من المجرمين تؤدي خدمات إلى المجرمين الأصليين وتضم أشخاصاً من المحامين والمصرفيين والمحاسبين ورجال الأعمال ؛ وذلك لما تدره عمليات غسيل ال[illegible]وال لهم من أرباح طائلة

(٢٠٣) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ص ٣-٤.

(٢٠٤) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٤.

تتراوح ما بين ٢٪ إلى ٢٠٪ من حجم الأموال التي يتم غسيلها[٢٠٥].

وقد يتم اشتراك المحامين أو السماسرة أو الموظفين في شكل معاملات يكونـون فـيها وكلاء ولا تتحدد هوية المستفيد الأخير أو الطرف المقابل وذلك خلافاً لما تجرى عليه الأعراف في مثل هذه المعاملات. ويستخلص تورط هذه الطائفة في جرائم غسيل الأموال من معايير ظاهرة تتلخص في حدوث تغييرات في أسلوب حياة الموظفين وصفاتهم المميزة كالإسراف والتبذير أو تجنب التمتع بالإجازات أو العطلات ، أو بحصول تغييرات فجائية في أعمال الموظفين أو أداء الوكلاء مثل توسع أعمال الوكيل بصورة ملحوظة أو غير متوقعة[٢٠٦]. وتعتبر قضية Anthony Williams تطبيقاً واضحاً لذلك فقد كان Williams موظفاً مثالياً وله تاريخ حافل كموظف مدني وكبير مساعدي رئيس بوليس اسكتلنديارد New Scotlandyard، كما كان موضعاً لثقة هذه المنظمة الأمنية المشهورة. وتمكّن Williams من استغلال هذه الثقة ليختلس من (رب عمله / اسكتلنديارد) حوالي ثمانية ملايين جنيه استرليني خلال ثمانية أعوام قبل افتضاح أمره. ففي عام ١٩٨٤ عهد إليه رب العمل بمسئولية القيام بتمويل شراء طائرة لاستخدامها في عمليات المراقبة السرية لبوليس اسكتلنديارد ، وضماناً لسرية الصفقة ، رُئي أن تبدو الصفقة وكأنها تتم باسم شركة خاصة لتمتلك الطائرة المذكورة. وعليه ، ولاتمام هذه الخطة ، تم تأسيس شركة

---

(٢٠٥) راجع :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it" Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143-237 (1995).

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٨-١٤٩.

(٢٠٦) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ص ٤-٥.

خاصة باسم Turnbull Associates (الشركة) ومقرها غرب لندن. وقامت الشركة فعلاً بشراء الطائرة من طراز Cessna 404 وكان مركزها في مطار Fairoaks في جنوب انجلترا. وأصبح Williams هو الموظف الأكبر في تلك الشركة وتم تفويضه في توقيع الشيكات عن الشركة. كما وثق به رب عمله تماماً ، فعهد إليه بكل الأمور اللازمة لتمويل الصفقة. وفي أول يوم ، قام Williams بسرقة ثلاثة آلاف وأربعمائة جنيه استرليني من حساب الشركة ليسدد به بعض المدفوعات من حسابه الخاص للسحب على المكشوف. وانتظر Williams لمدة أسبوعين ، ليرى ما إذا كان سيتم افتضاح أمره ، إلا أن شيئاً من ذلك لم يحصل. عندئذ بدأ Williams بزيادة المبالغ التي يختلسها ، وبهذه الأموال قام بشراء منزل كبير في الريف الانجليزي ، وشقة في لندن ، وفيلا بأسبانيا ، وأملاك وعقارات كثيرة أخرى في اسكتلندا ، علاوة على السيارات الأنيقة الفارهة ، وقضاء العطلات في أغلى منتجعات العالم. ورغم وجود أنظمة محاسبية صارمة لدى اسكتلنديارد ، إلا أن الظروف الخاصة التي صاحبت تمويل الطائرة علاوة على التفويض المطلق الذي أعطي لـ Williams لتشغيل حساب الشركة ساعدته على التلاعب وعلى القيام بعملياته غير المشروعة. وكان Williams يقوم مرة في الشهر بعمل سحوبات لتغطية مصروفات الشركة وسداد المستحق عليها ، وكانت تلك السحوبات - كما هو ظاهر - تغطي مصروفات الوقود والايجار وغيرها من مبالغ خاصة بعمليات تشغيل الطائرة والشركة ، مضافاً إليها ما أصطنعه من مصروفات وهمية تسهل له الاستيلاء على مبالغ أخرى بصفة دورية. وعند تلقي المبالغ اللازمة لتغطية المصروفات ، كان Williams يقوم بسداد معاملات المشروع لتغطية حساب

الشركة للسحب على المكشوف في البنك ، ثم يقوم بسحب شيك موقعاً منه عن الشركة وذلك لصالح نفسه باعتباره المستفيد من الشيك. وبالإضافة إلى ذلك ، فقد نجح Williams في المراوغة ومنع الجهات الرقابية والمالية في اسكتلنديارد من القيام بالتفتيش عليه ، وبما عرقل أية محاولة لكشف عملياته المشبوهة ، كما أن شخصيته المبهرة كانت ضمن العوامل الرئيسية في عدم لفت الانتباه إلى نشاطه غير المشروع لما عرف عنه من استقامة وأمانة وعدم الخضوع لأية إغراءات. بل إن Williams تثبيتاً لمكانته الاجتماعية ، استخدم جانباً من المبالغ التي اختلسها للحصول على لقب Lord لينضم بذلك إلى الطبقة الارستقراطية في المجتمع الانجليزي، ومستفيداً من كل تلك العوامل ، فقد شرع Williams في مشروع لإقامة فندق ضخم ومنتجعات - بهدف معلن - وهو خلق فرص عمل جديدة لأهالي المنطقة. وتنفيذاً لذلك ، قام بتأسيس شركة Tomintoul في اسكتلندا ، كما طلب منحة من جهة حكومية للمساهمة في المشروع المذكور ، وقد وافقت الجهة الحكومية على مساهمة مقدارها ١٥٠,٠٠٠ جنيه استرليني ولكن بشرط قيام شركة Tomintoul بالكشف عن مصادر تمويلها للمشروع وطبقاً لقواعد هذه الجهة الحكومية في مكافحة عمليات غسيل الأموال ، لاسيما وقد ثار الشك لديها في أعمال وأنشطة Williams الذي أصبح موضوعاً للتحريات. وكان مثار الشك الرئيس هو أنه كيف استطاع Williams وراتبه السنوي لا يتجاوز مبلغاً قدره إثنان وأربعون ألف جنيه استرليني أن يقوم بتمويل المشروع المذكور والذي قدرت تكلفته المبدئية بملايين الجنيهات الاسترلينية ، لاسيما وأن العائد من المشروع غير

مضمون• وفعلاً تم القبض على Williams وتقديمه للمحاكمة[٢٠٧]• ويستفاد من هذه القضية أن شخصية الموظف وافتعاله الاستقامة والأمانة وظهوره بمظهر الموظف الأمين والشريف قد يكون أحد العوامل الجوهرية في التعتيم للقيام بعمليات غسيل أموال• لذلك ينبغي بصفة مستمرة التحري عن موظفي البنوك والمؤسسات المالية مهما طالت مدة بقائهم بالوظيفة•

سادساً – غسيل الأموال عن طريق معاملات التمويل المضمونة وغير المضمونة:

ويأخذ غسيل الأموال بهذا الطريق عدة أساليب منها: قيام العميل بسداد ما عليه من ديون بصورة فجائية رغم أن تلك الديون كانت في السابق محوراً لمشكلات معقدة ، أو من خلال طلبات تمويل مقابل أصول تحتفظ بها مؤسسة مالية أخرى أو الغير ، بحيث يكون مصدر هذه الأصول غير معلوم أو تكون غير متماشية مع نشاط العميل ومركزه الظاهر لدى البنك ، أو عن طريق طلبات يتقدم بها عملاء نيابة عن مؤسساتهم المالية لترتيب تمويل صفقات تكون مساهمة العميل المالية فيها غير واضحة أو غير محددة ، خاصة إذا وجد ضمن الصفقة عقارات أو أملاك خاصة[٢٠٨]•

سابعاً – غسيل الأموال باستخدام وسائل الدفع الالكترونية:

فقد يحصل غسيل الأموال من خلال تكرار سحب مبالغ كبيرة بواسطة

---

(٢٠٧) راجع :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ص ٤٨-٥١.

(٢٠٨) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ص ٤-٥.

بطاقات الائتمان (البطاقات البلاستيكية) رغم ارتفاع عمولة السحب بها ، وسداد الالتزامات القائمة عن ذلك نقداً ، أو بالإيداع النقدي لمبالغ كبيرة عبر الأجهزة الالكترونية تفادياً لأي اتصال مباشر مع موظفي ومسئولي البنك[٢٠٩].

ومن أهم وأخطر وسائل الدفع الالكترونية الحديثة ما يعرف بنظام Cyberbanking أو البنوك عبر الانترنت وهي صورة من صور التجارة الالكترونية E-Commerce. وهذه البنوك ليست في الواقع بنوكاً ؛ بالمعنى الفني الشائع والمألوف ، إذ هي لا تقوم بقبول الودائع مثلاً أو تقديم التسهيلات المصرفية أو غيرها من العمليات المصرفية المعتادة ، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيوع وذلك باستخدام ما يعرف بالنقود الالكترونية E-money. فيقوم المتعامل بإدخال الشفرة السرية من أرقام أو خلافه وطباعتها على الكومبيوتر Encryption ، ومن ثم يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يأمر بها الجهاز. وتعرف هذه الطريقة أيضاً باسم عمليات التحويل أو الاتصال المباشر (Online) وذلك عبر الانترنت[٢١٠]. وهي تتيح لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان. فبنوك الانترنت تعمل في محيط من السرية الشاملة ، إذ لا يكون المتعاملون معها معلومي الهوية. ويرتفع الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن

---

(٢٠٩) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٥.

(٢١٠) راجع :

Barry A.K. Rider, "Cyber-Organized Crime- The Impact of Information Technology on Organized Crime".....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٣٧ وما بعدها.

راجع كذلك:

J. Drinkhall, "Computer Fraud: Internet Fraud" Volume 4 Journal of Financial Crime p. 244 (1997).

الحدود الوطنية ليسـ عائقا أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية دون إمكان تعقبها.

وعليه ، فقد أصبح القيام بمرحلتي الاندماج والترقيد لغسيل الأموال أكثر يسراً وسهولة من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة (أي التحويل عبر الانترنت). إذ يتمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدتهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم ، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً. ومما يزيد الأمر هلعاً أن بنوك عبر الانترنت أو التحويلات المباشرة Online يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية للدولة ودون توقف وذلك باستعمال الرسائل الالكترونية السريعة Phantom Electronic Forwarding Address وذلك بهدف تجنب أي ملاحقة [٢١١].

---

(٢١١) راجع :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it .....

المقالة المشار إليها . ص ١٩٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة

أولاً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الكويتي:

ينبغي على البنوك والشركات والمؤسسات المالية الأخرى الخاضعة لقانون مكافحة عمليات غسيل الأموال رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ أن تبذل العناية اللازمة للتحري عن المعاملات التي يثور شك في أنها تنطوي على عملية من عمليات غسيل الأموال.

وفي هذا الخصوص، تقضي تعليمات بنك الكويت المركزي بأنه يتعين على البنوك أن تقوم بتعزيز نظم الرقابة الداخلية فيها وذلك من خلال إعداد سياسة وإجراءات واضحة ودقيقة معتمدة من مجلس إدارة كل بنك تتضمن سياسة البنك بالنسبة لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب لتتوافق مع التشريعات المحلية والقرارات الوزارية ذات الصلة وتعليمات بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص. ويجب أن تشتمل تلك السياسة والإجراءات على تعريف واضح لعمليات غسيل الأموال وأنماطها المختلفة وطرق اكتشافها وتعقبها، إضافة إلى الحد الأدنى من الإجراءات التي يتعين على الموظفين المعنيين القيام بها لدى اكتشاف أي حالة تثير الشبهة بأنها من العمليات المشار إليها. كما تقضي التعليمات بوجوب التحري عن أصحاب طلبات التوظيف الجديدة للتأكد من عدم تعيين أي موظف جديد تحوم حوله أية شبهات قد يترتب عليه تعريض البنك لمخاطر غسيل الأموال وتمويل الإرهاب[٢١٢]. وأن

---

(٢١٢) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٢٠٠٢/٩٢) بند رقم (١٤)، ص ٧.

يتضمن تقرير مراقب الحسابات الخارجي عن نظم الرقابة الداخلية بالبنك رأياً واضحاً عن مدى التزام البنك بالقوانين المحلية والقرارات الوزارية وتعليمات بنك الكويت المركزي وسياسة وإجراءات البنك بهذا الخصوص(٢١٣).

وتنص التعليمات على أنه ينبغي على البنوك بذل عناية خاصة واستثنائية بالنسبة للعمليات والصفقات المعقدة والكبيرة وجميع أنماط الصفقات غير الاعتيادية والتي لا يتوافر لها مقاصد وأهداف اقتصادية أو قانونية واضحة أو لا تتناسب ونشاط العميل أو معدل المبالغ المدينة والدائنة في حساباته ، أو تلك التي تثير الكشوك حول ماهيتها وأغراضها أو مصدر الأموال الخاصة بها ، ولاسيما المبالغ النقدية الكبيرة أو المتكررة التي يحاول أصحابها استبدالها أو التحويلات الداخلية والخارجية بمبالغ كبيرة أو متكررة(٢١٤).

وفي الحالات التي يثور فيها الشك لغسيل الأموال أو تمويل الإرهاب بشأن معاملة معينة ، فإنه يتعين على البنك تجنيب الأموال المرتبطة بالمعاملة المشبوهة في حساب معلق لمدة لا تتجاوز يومي عمل يتم خلالهما البحث والتحري وتجميع المعلومات الخاصة بالمعاملة المشبوهة ، فضلاً عن الأطراف ذات الصلة بالمعاملة وتدوين نتائج البحث والتحري الذي قام به البنك كتابة(٢١٥).

فإذا تبين للبنك أن المعاملة محل الشك والأموال المرتبطة بها سليمة ومبررة طبقاً لمستندات تؤكد ذلك ، فإنه يجب على البنك إتمام تلك المعاملة

---

(٢١٣) السابق ، ص ٧.

(٢١٤) السابق ، بند (١٠) ، ص ٥.

(٢١٥) السابق ، بند (١٠) ، ص ٥.

وفقاً للإجراءات المصرفية المعمول بها[٢١٦].

أما إذا كشفت نتائج البحث والتحري التي قام بها البنك عن تأكيد الشبهات حول المعاملة والأموال المرتبطة بها ، فإنه يتعين على البنك القيام بإبلاغ النيابة العامة بتفاصيل المعاملة ، وذلك باعتبار النيابة العامة هي الجهة المختصة بتلقي البلاغات عن عمليات غسيل الأموال وذلك تطبيقاً للمادة ١/١٦ من القانون الكويتي والتي تنص على أنه "تتولى النيابة العامة وحدها التحقيق والتصرف والإدعاء في البلاغات التي ترد إليها حول الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون (جرائم غسيل الأموال والجرائم الخاصة بعدم الإبلاغ عن العمليات المشبوهة وغيرها من جرائم نص عليها القانون)". كما تقضي التعليمات بضرورة إرسال صورة من البلاغ المقدم للنيابة العامة عن المعاملة المشبوهة بكل تفاصيله – في ذات الوقت – إلى بنك الكويت المركزي للعلم[٢١٧].

وفي جميع الأحوال ، يجب على البنك أن يقوم بإعداد تقرير يتضمن التفاصيل الكاملة للمعاملة (مثلاً ، الأطراف – المبالغ – الغرض من العملية – الأسس التي تم الاستناد إليها في اتخاذ القرار بتمرير المعاملة أو إحالتها للنيابة – المستندات الخاصة بالعملية ... الخ). ويتحمل البنك كامل المسئولية عن قراراته وما يترتب عليها من آثار قد تجعله مسائلاً من قبل الجهات المختصة في حال تبين تقصيره في اتخاذ الإجراءات المناسبة للتحقق من سلامة المعاملة

(٢١٦) السابق ، بند (١٠) ص ٥.

(٢١٧) السابق ، بند (١٠) ، ص ص ٥-٦.

قيد الاشتباه والبحث[218]. كما يتعين على مسئولي البنك وموظفيه عدم تحذير العميل صاحب المعاملة والأطراف ذات الصلة بتحركات البنك فيما اتخذه أو يقوم به من إجراءات البحث والتحري عن المعاملة المشبوهة لذلك العميل لحين الانتهاء منها[219]. كما يلاحظ أن الإجراءات المذكورة والخاصة بالبحث والتحري تنطبق على كافة المعاملات التي يشتبه البنك بأنها من عمليات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب وبغض النظر عن حجم المبالغ المتصلة بالمعاملة[220].

وفي كل الأحوال ، يعفى من المسئولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يقومون - بحسن نية - بإبلاغ معلومات عن المعاملات المشبوهة وفقاً لأحكام القانون المذكور ، حتى ولو تبين سلامة وعدم إدانة العمليات المرتبطة بهذه البلاغات ، وبما يشجع المؤسسات المالية على الإبلاغ دون خوف أو وجل لمنحهم الحصانة من المسئولية[221].

وإذا تم الإبلاغ للنيابة العامة عن الاشتباه في أن معاملة معينة تنطوي على عملية من عمليات غسيل الأموال ، فإنه طبقاً لنص المادة ١/٨ من القانون الكويتي يكون للنائب العام أن يأمر بمنع المتهم من التصرف في أمواله كلها أو

---

(٢١٨) السابق ، بند (١٠) ، ص ٦.

(٢١٩) السابق ، بند (١١) ، ص ٦.

(٢٢٠) السابق ، بند (١٢) ، ص ٦.

(٢٢١) المادة (١٤) من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

بعضها إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية[٢٢٢]. ويهدف هذا النص إلى منع المتهم من التصرف في المبالغ التي تكتنفها الشبهة حتى لا يهرب بفعلته ويقوم بتهريب تلك المبالغ. ومع ذلك، وحرصاً على عدم الإضرار بالمتهم أو الغير ذوي الصلة، فقد أجازت المادة ٢/٨ من القانون المذكور لكل ذي شأن أن يتظلم للمحكمة المختصة من أمر المنع من التصرف الصادر من النائب العام وذلك بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر. ومفاد ذلك أن قرار منع التصرف تكون مدته ثلاثة أشهر على الأقل[٢٢٣]. وعلى المحكمة أن تفصل في التظلم المقدم إليها على وجه السرعة إما برفضه أو بإلغاء الأمر أو بتعديله وتقرير الضمانات اللازمة لذلك إن كان لها مقتضى. وإذا رفضت المحكمة التظلم المقدم من ذوي الشأن، فلا يجوز إعادة التظلم إلا بعد مضي ستة أشهر أخرى من تاريخ الفصل في التظلم الأول[٢٢٤]. ويبدو لنا أنه إذا تم رفض التظلم الثاني، فإنه لا يجوز إعادة التظلم لمرة ثالثة. على أنه يجوز للنائب العام العدول عن الأمر أو تعديله وفقاً لمقتضيات التحقيق[٢٢٥].

ثانياً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون المصري :

تنص المادة الثالثة من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال على أن تنشأ بالبنك المركزي وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تمثل فيها الجهات المعنية (الوحدة). وتقوم

---

(٢٢٢) المادة ١/٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٢٣) المادة ٢/٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٢٤) المادة ٣/٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٢٥) المادة ٤/٨ من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

الوحدة بالاختصاصات المذكورة في القانون المشار إليه[٢٢٦]. كما يصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل الوحدة ونظام إدارتها ، وبنظام العمل والعاملين فيها ، وذلك دون التقيد بالنظم والقواعد المعمول بها في الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام[٢٢٧]. كما يتم إلحاق عدد كافٍ من الخبراء المتخصصين بالوحدة وذلك في المجالات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون ، كما يتم تزويدها بمنْ يلزمها من العاملين المؤهلين والدارسين[٢٢٨].

وطبقاً للمادة الثامنة من القانون المشار إليه تلتزم المؤسسات المالية ، كالبنوك وغيرها من جهات مذكورة بالمادة ١/ج من القانون ، بإخطار الوحدة

---

(٢٢٦) المادة ١/٣ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٢٧) المادة ٢/٣ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

وقد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن وحدة مكافحة غسل الأموال (الجريدة الرسمية - العدد ٢٥ (مكرراً) في ٢٤ يونيو ٢٠٠٢ ، وقد نصت المادة الأولى من القرار المذكور على أن "تنشأ بالبنك المركزي المصري وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تتولى مباشرة الاختصاصات الواردة بقانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، على النحو المبين بهذا القرار".

(٢٢٨) وقد نصت المادة الثانية من القرار الجمهوري المذكور على أن :

"يشكل للوحدة مجلس أمناء يضم خمسة أعضاء ، ثلاثة بحكم وظائفهم واثنين من أهل الخبرة ، على الوجه الآتي:

١- مساعد وزير العدل يختاره الوزير ، (رئيساً)
٢- أقدم نائب لمحافظ البنك المركزي
٣- رئيس هيئة سوق المال
٤- ممثل لاتحاد بنوك مصر يرشحه اتحاد البنوك
٥- خبير في الشئون المالية والمصرفية يختاره رئيس مجلس الوزراء

يصدر هذا التشكيل بقرار من رئيس مجلس الوزراء".

وراجع في اختصاص مجلس أمناء الوحدة ومدته والإشراف عليه ، المواد ٣ ، ٤ ، ٥ من القرار الجمهوري المذكور.

عن العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن إحدى جرائم غسل الأموال المذكورة بالمادة الرابعة من القانون [229]. وعليه ، يقتصر دور المؤسسات المالية على إخطار الوحدة – دون أي إجراء آخر – بحالة الاشتباه في غسل الأموال. وتختص الوحدة بتلقي الإخطارات عن حالات الاشتباه في غسل الأموال والتي ترد إليها من المؤسسات المالية. وفي سبيل تحقيق مهمتها ، تقوم الوحدة بإنشاء قاعدة بيانات عما يتوفر لديها من معلومات ، كما يتعين عليها أن تضع الوسائل الكفيلة بإتاحة تلك المعلومات للسلطات القضائية وغيرها من الجهات التي تختص بتطبيق القانون المذكور ، كما يكون للوحدة أن تتبادل هذه المعلومات بالتنسيق مع جهات الرقابة بالدولة ومع الجهات المختصة في الدول الأجنبية والمنظمات الدولية تطبيقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها أو تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل [230].

---

(229) المادة ٨ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، كذلك : تنص المادة الثامنة من القرار الجمهوري المذكور على أنه :

"يحظر على أعضاء مجلس أمناء الوحدة وكافة العاملين بها الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها".

(230) المادة ٤ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، كما تنص المادة الخامسة من القرار الجمهوري المذكور على أن :

"يتولى رئيس مجلس الأمناء الإشراف على الوحدة وإدرة شئونها:

١- التأكد من تنفيذ الوحدة للمهام المحددة لها.

٢- إجراء الإتصالات والترتيبات المتعلقة بعمل الوحدة في المحافل الدولية وتبادل المعلومات مع الجهات المختصة بالدول الأخرى وبالمنظمات الدولية تطبيقاً لأحكام الإتفاقيات الدولية".

وتقوم الوحدة المشار إليها بالتحري والفحص لما يرد إليها من المؤسسات المالية من إخطارات ومعلومات في شأن العمليات التي تتضمن شبهة غسل الأموال. فإذا أسفرت التحريات التي تقوم بها الوحدة عن تأكيد تلك الشبهات ووجود دلائل على ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور، تعين على الوحدة القيام بإبلاغ النيابة العامة عن تلك العمليات. ويكون للوحدة أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية على النحو المذكور في المواد ٢٠٨ مكرر (أ) و ٢٠٨ مكرر (ب) و ٢٠٨ مكرر (ج) من قانون الإجراءات الجنائية[٢٣١]. كما تسري على جريمة غسل الأموال أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك والمضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢[٢٣٢].

ولقد قررت المادة ٦ من القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال إضفاء صفة مأموري الضبط القضائي للعاملين بالوحدة الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بناء على طلب محافظ البنك المركزي المصري وذلك بالنسبة إلى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور والتي تكون متعلقة بأعمال وظائفهم[٢٣٣].

ثالثاً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الإماراتي:

طبقاً لنص المادة السابعة من القانون الإماراتي تنشأ لدى المصرف المركزي وحدة معلومات مالية (الوحدة) وذلك لمواجهة غسل الأموال

---

(٢٣١) المادة ١/٥ و ٢/٥ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٣٢) المادة ٣/٥ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٣٣) المادة٦ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

والحالات المشبوهة. وتقوم كافة المنشآت المالية والمؤسسات المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ذات الصلة بإرسال تقارير إلى الوحدة المذكورة عن المعاملات المشبوهة(٢٣٤).

وتضع الوحدة نموذجاً للتقرير عن المعاملات المشبوهة التي يتعين على المنشآت والمؤسسات المالية إرساله إلى الوحدة، وطريقة إرساله. وعلى الوحدة أن تقدم ما توفر لها من معلومات عن تلك المعاملات إلى جهات التحقيق(٢٣٥). كما يكون للوحدة أن تتبادل مع الوحدات المشابهة في الدول الأخرى معلومات تقارير الحالات المشبوهة وذلك عملاً بالاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو بشرط المعاملة بالمثل(٢٣٦).

وإذا تأكدت - بعد التحري والدراسة - شبهات غسل الأموال بشأن معاملة معينة، يكون على الوحدة المذكورة إبلاغ النيابة عنها لاتخاذ الإجراءات اللازمة(٢٣٧). كما يجوز للنيابة العامة أن تتخذ الإجراءات المناسبة إذا ورد إليها البلاغ عن العمليات المشبوهة مباشرة من أية جهة أخرى، وذلك بعد استطلاع رأي الوحدة المذكورة فيما تضمنه هذا البلاغ(٢٣٨).

وطبقاً للمادة الرابعة من القانون المذكور يكون للمصرف المركزي أن يأمر بتجميد الأموال التي يشتبه في انطوائها على شبهة غسل الأموال لدى

---

(٢٣٤) المادة ٧ من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية المتحدة.

(٢٣٥) السابق.

(٢٣٦) السابق.

(٢٣٧) المادة ١/٨ من القانون الاتحادي رقم (٤) بدولة الإمارات، المشار إليه.

(٢٣٨) المادة ١/٨ من القانون المشار إليه سابقاً.

المنشآت والمؤسسات المالية لمدة لا تزيد على سبعة أيام[٢٣٩]. كما يحق للنيابة العامة أن تأمر بالتحفظ على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المشتبه بها وفق الإجراءات المتبعة لديها[٢٤٠]. كما يكون للمحكمة المختصة أن تأمر بإجراء الحجز التحفظي لمدد غير محددة لأية أموال أو متحصلات أو وسائط إذا كانت ناتجة عن جريمة غسل أموال أو أموال مرتبطة بها[٢٤١]. ولا يجوز إقامة الدعوى الجزائية على مرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور إلا من النائب العام، وذلك دون الإخلال بأي من الإجراءات المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون[٢٤٢].

رابعاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون اللبناني:

تنص المادة السادسة من القانون اللبناني رقم ٣١٨ بشأن مكافحة تبييض الأموال على أن تنشأ لدى مصرف لبنان هيئة مستقلة - ذات طابع قضائي - تتمتع بالشخصية المعنوية وغير خاضعة في ممارسة أعمالها لسلطة المصرف المركزي، وتكون مهمتها التحقيق في عمليات تبييض الأموال والسهر على التقيد بالأصول وبالإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وتسمى "هيئة التحقيق الخاصة" أو "الهيئة"[٢٤٣]. وتتكون الهيئة من حاكم مصرف لبنان أو

---

(٢٣٩) المادة ١/٤ من القانون المشار إليه سابقاً. كما تنص المادة ٢/٥ من نفس القانون على أنه "لا يتم تنفيذ قرارات التحفظ والحجز التحفظي على الأموال لدى المنشآت السالية إلا عن طريق المصرف المركزي". المادة ٢/٥ من القانون الإماراتي المذكور.

(٢٤٠) المادة ٢/٤ من القانون الإماراتي المشار إليه.

(٢٤١) المادة ٣/٤ من القانون الإماراتي المشار إليه.

(٢٤٢) المادة ١/٥ من القانون الإماراتي المشار إليه.

(٢٤٣) المادة ١/٦ من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١.

مـنْ ينتدبه من بين نوابه في حال تعذر حضوره وذلك كرئيس للهيئة ، بالإضافة إلى ثلاثة أعضاء هم : رئيس لجنة الرقابة على المصارف أو منْ ينتدبه للحضور مـن بـين أعضاء اللجـنة في حالـة تعـذر حضـوره ، والقاضـي المعـين في الهيـئة المصرفية العليا – وفي حالة تعذر حضوره – ينوب عنه قاضٍ رديف يعينه مجلس القضاء الأعلى لمدة تعادل مدة تعيين الأصيل ، عضو أصيل وعضو رديف يعينهما مجلس الـوزراء بناء على ترشيح حاكم مصرف لبنان[٢٤٤]. كما تقوم الهيئة بتعيين أميناً للسر متفرغاً للأعمال التي تكلفه بها الهيئة ، ويكون من ضمن مهامه القيام بتنفيذ قـرارات الهيئة والإشراف المباشر على جهاز خاص مـن المدققين تنتدبهم الهيئة لمراقبة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في القانون المذكـور والتحقق منها بشكل مستمر دون أن يعتد تجاه أي منهم بأحكام قانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦[٢٤٥].

وتكـون مهمـة هيئة التحقيق الخاصة إجراء التحقيقات في العمليات التي يشتبه بأنها تشكل جرائم تبييض أموال وتقرير مدى جدية الأدلة والقرائن على ارتكاب تلك الجـرائم أو إحداهـا. ويكون للهيئة المذكورة وحدها – دون أي جهة أخرى – الحـق في تقرير رفع السرية المصرفية لصالح المراجع القضائية المختصة ولصالح الهيـئة المصرفية العليا ممثلة بشخص رئيسها وذلـك عـن الحسابات المفتوحة لـدى المصارف أو المؤسسات المالية والتي يشتبه أنها استخدمت لأغراض تبييض الأموال[٢٤٦].

---

(٢٤٤) المادة ٢/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٤٥) المادة ٣/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٤٦) المادة ٤/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

وتجتمع الهيئة المذكورة - بدعوة من رئيسها - مرتين في الشهر على الأقل وأيضاً كلما دعت الحاجة إلى ذلك ، ولا تكون اجتماعاتها صحيحة قانوناً إلا بحضور ثلاثة أعضاء على الأقل[٢٤٧]. وتتخذ القرارات في الهيئة بأكثرية أعضائها الحاضرين ، ويكون صوت رئيسها مرجحاً في حالة تعادلت الأصوات[٢٤٨]. وتضع الهيئة نظام سير العمل بها ، ونظام المستخدمين التابعين لها والمتعاقدين معها والخاضعين للقانون الخاص لاسيما فيما يتعلق بالالتزام بالحفاظ على السرية المصرفية . ويتحمل مصرف لبنان جميع نفقات الهيئة والأجهزة التابعة لها من ضمن الموازنة التي تضعها وذلك بعد الحصول على موافقة المجلس المركزي لمصرف لبنان[٢٤٩].

ويتعين على المؤسسات الخاضعة لقانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦ ، كالبنوك ، وكذلك المؤسسات غير الخاضعة للقانون المذكور بما فيها المؤسسات الفردية كمؤسسات الصرافة والشركات التي تقوم بعمليات الوساطة المالية وشركات الايجار التمويلي وهيئات الاستثمار الجماعي وشركات التأمين وشركات ترويج وبناء العقارات وتجار السلع ذات القيمة المرتفعة أن تقوم بالإبلاغ فوراً إلى الهيئة عن تفاصيل العمليات التي يشتبهون في أنها تخص عمليات تبييض الأموال[٢٥٠].

كما يتعين على المراقبين العاملين لدى لجنة الرقابة على المصارف

---

(٢٤٧) المادة ٥/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٤٨) المادة ٦/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٤٩) المادة ٧/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٥٠) المادة ١/٧ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

إبلاغ الهيئة بواسطة رئيس اللجنة عن العمليات التي يطلعون عليها بمناسبة قيامهم بمهامهم والتي يشتبهون بأن تخفي عمليات تبييض أموال[٢٥١].

وتجتمع الهيئة فور تلقيها البلاغات من المؤسسات المالية المشار إليها أو من المراقبين العاملين لدى لجنة المصارف أو فور تلقي معلومات من السلطات الرسمية اللبنانية أو الأجنبية عن عمليات تبييض أموال[٢٥٢]. وبعد تدقيق البلاغات والمعلومات تتخذ الهيئة - في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام عمل - قراراً مؤقتاً بتجميد الحساب أو الحسابات المشبوهة. ويكون التجميد لمدة خمسة أيام قابلة للتجديد مرة واحدة إذا كان مصدر الأموال لايزال مجهولاً أو إذا وجدت شبهات أنها ناشئة عن إحدى جرائم تبييض الأموال. وفي خلال مدة التجميد المذكورة ، تقوم الهيئة بتحقيقاتها بشأن الحساب أو الحسابات المشبوهة إما مباشرة أو بواسطة منْ تندبه من أعضائها أو المسئولين المعينين لديها أو بواسطة أمين السر لديها أو منْ تعينه من بين مفوضي المراقبة ويقوم كل من هؤلاء بمهامه وبشرط التقيد بالسرية ودون أن يعتد تجاهه - في نفس الوقت - بأحكام قانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦[٢٥٣].

ويتعين على الهيئة - خلال المهل المقررة للتجميد المؤقت للحساب أو للحسابات وبما لا يتجاوز حدود تلك المهل - أن تجري التحقيقات اللازمة بشأن المعاملة أو المعاملات المشبوهة وأن تصدر قراراً نهائياً إما بتحرير الحساب إذا لم يتبين لها أن مصدر الأموال غير مشروع وإما برفع السرية المصرفية عن

---

(٢٥١) المادة ٢/٧ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٥٢) المادة ١/٨ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٥٣) المادة ٢/٨ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

الحساب أو الحسابات المشتبه فيها ومواصلة تجميدها وفي حال عدم إصدار الهيئة أي قرار بعد إنقضاء المهلة كما هو منصوص عليه في المادة ٢/٨ من القانون المذكور يعتبر الحساب محرراً حكماً وبقوة القانون. ولا يجوز الطعن في القرارات التي تتخذها الهيئة في هذا الخصوص بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية أو بأي طريق من طرق المراجعة الإدارية بما في ذلك المراجعة لتجاوز حدود السلطة[٢٥٤].

وإذا وافقت الهيئة المذكورة على رفع السرية المصرفية بالنسبة للحساب المشبوه ، فإنه يتعين عليها أن ترسل نسخة طبق الأصل عن قرارها النهائي المسبب بذلك إلى كل من النائب العام التمييزي، وإلى الهيئة المصرفية العليا وإلى الشخص صاحب العلاقة ، وإلى البنك المعني (مثلاً البنك الذي لديه الحساب) ، وإلى الجهة الخارجية المعنية وذلك إما مباشرة وإما بواسطة المرجع الذي وردت المعلومات عن طريقه[٢٥٥]. وباستثناء قرار الهيئة بالموافقة على رفع السرية المصرفية ، يتسم بالسرية المطلقة الالتزام بالإبلاغ المنصوص عليه في القانون المذكور من قبل أي شخص طبيعي أو اعتباري والمستندات المقدمة لهذه الغاية ومستندات التحقيق وإجراءاته في مختلف مراحله[٢٥٦].

كما تجيز المادة التاسعة من القانون المذكور لرئيس الهيئة أو لمنْ ينتدبه من أعضاء الهيئة مباشرة مخابرة كافة السلطات اللبنانية أو الأجنبية وسواء كانت هذه السلطات قضائية أم إدارية أم مالية أم أمنية وذلك بغرض

(٢٥٤) المادة ٣/٨ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٥٥) المادة ٤/٨ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٥٦) المادة ١١ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

طلب معلومات أو الإطلاع على تفاصيل التحقيقات التي تكون قد أجرتها حول الأمور المرتبطة أو المتصلة بتحقيقات تجريها الهيئة ، وعلى السلطات اللبنانية أن تستجيب لطلب المعلومات فوراً والذي يقوم إليها من رئيس الهيئة أو منْ ينتدبه لذلك من بين أعضائها[٢٥٧].

وتقوم الهيئة بتعيين جهاز مركزي يسمى "الوحدة الإدارية لجمع المعلومات المالية" يكون المرجع الصالح والمركزي الرسمي لرصد وجمع المعلومات المتعلقة بجرائم تبييض الأموال وحفظها وتبادل المعلومات مع نظيراتها من الأجهزة الأجنبية. ويكون على الوحدة الإدارية لجمع المعلومات المالية إعلام الهيئة بشكل دوري بالمعلومات المتوافرة لديها عن جرائم تبييض الأموال[٢٥٨]. وتحدد الهيئة عدد أعضاء الوحدة المذكورة ومهامهم وأتعاب كل منهم وتتخذ بحقهم التدابير المسلكية وتصرفهم في حال التقصير في أداء واجباتهم ، ودون الإخلال بمسئوليتهم الجزائية أو المدنية. وينطبق على أعضاء تلك الوحدة نفس الالتزامات المفروضة على أعضاء الهيئة ، لاسيما الالتزام بالحفاظ على السرية[٢٥٩].

ويتمتع كل من رئيس وأعضاء الهيئة والعاملين لديها أو المنتدبين من قبلها بالحصانة في نطاق وفي حدود أعمالهم وفقاً لأحكام القانون المذكور ، فلا يجوز مقاضاة أي منهم أو ملاحقته جنائياً أو مدنياً فيما يتعلق بأية مسئولية عن أداء مهامهم وفقاً للقانون المذكور أو فيما يتعلق بالجرائم المنصوص عليها

---

(٢٥٧) المادة ٩ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٥٨) المادة ١٠/١ و ١٠/٢ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

(٢٥٩) المادة ١٠/٣ و ١٠/٤ من القانون اللبناني ، المشار إليه.

في قانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦. كما يتمتع البنك وموظفوه بالحصانة من أية مسئولية وذلك فيما يخص تنفيذ التزاماتهم بموجب هذا القانون أو بموجب قرارات الهيئة[٢٦٠].

(٢٦٠) المادة ١٢ من القانون اللبناني، المشار إليه.

خاتمـــة

أصـدر المشـرع الكويـتي القـانون رقـم ٣٥ لسـنة ٢٠٠٢ بشـأن مكافحـة عملـيات غسـيل الأمـوال ، مسـايراً في ذلـك الاتجاهـات الدولـية الحديـثة والتشـريعات الوطنـية في هـذا الخصـوص. ولاشـك أن تلـك خطـوة محمـودة للمشـرع. ويضـم القـانون المذكـور عشرين مـادة تعالج تعريف عمليات غسـيل الأمـوال ، جرائم غسيل الأمـوال والعقاب عليها ، التزامات المؤسسات المالية والجـزاء عـلى مخالفـتها ، وأحكـام الـتعاون الدولـي في مجال المكافحة. ولكن هل تلبي نصـوص ذلـك القانون الطموحات المرجوه منه في الحد من غسيل الأموال؟

رصـد القـانون الكويـتي عقوبـات رادعـة لجـريمة غسـيل الأمـوال ، وهـي الحبس والغرامة والمصادرة للأمـوال موضـوع الغسـيل ، باعتبـار تلـك الجـريمة جـناية. كمـا شـدد القـانون العقوبـات بمضـاعفتها ، فـيما إذا حصـل الغسـيل مـن مجموعات إجرامية منظمة أو قام به شخص مستغلاً نفوذه أو سلطته. وإمعاناً في ملاحقـة مـرتكبي الجـريمة ، فقـد أفـرد المشرع الكويـتي أحكاماً خاصة – لا مثيل لها في قوانين كثيرة – تقضي بعدم تقادم الدعوى الجزائية أو العقوبة المحكوم بها بمضي المدة ، وعدم التخفيف بأي شكل على مرتكبي الجريمة ، فلا تنطبق الأحكام المتعلقة بوقف تنفيذ العقوبة أو الأحكام الخاصة بالامتناع عن العقاب. ولا مـناحة في أن هـذا المسلك يكشـف عـن عـدم الـتهاون مـع مـرتكبي جـرائم غسيل الأمـوال بملاحقـتهم – مهمـا طال الزمن – وإنزال العقاب عليهم ، حماية للمجـتمع مـن الآثـار الوخيمة لـتلك الجـرائم. وقـد حـرص المشرع – في نفس

الوقت – على إعفاء الجاني من العقاب في حالات معينة ، تصب هي الأخرى لصالح المجتمع ، وذلك إذا ما أبلغ الجاني السلطات المختصة عن الجريمة وشركائه فيها قبل علمها بها ، وبما يمكّن السلطات من ضبط الجناة وإحباط عمليات غسيل الأموال.

وقد اشتمل القانون الكويتي على تعريف مرنٍ لعمليات غسيل الأموال ، وبما ينصرف إلى القيام بأية عملية أو مجموعة من العمليات المالية أو غير المالية التي تهدف إلى إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال وعائدات أية جريمة وإظهارها في صورة أموال أو عائدات متحصلة من مصدر مشروع. ورغم أن هذا التعريف من الاتساع ليضم كافة العمليات التي تستهدف غسل الأموال ، إلا أن حسن السياسة التشريعية في مجال التجريم والعقاب وما يوجبه ذلك من تحديد وضبط ، كان يقتضي النص صراحة على الجرائم التي تتحصل عنها الأموال والعائدات للقيام بغسلها ، وهو ما قرره المشرع في قوانين أخرى ، كالقانون الأمريكي والمصري واللبناني والإماراتي ، بالنص صراحة وعلى سبيل الحصر على الجرائم التي تتحصل عنها الأموال غير المشروعة ، وبما لا يترك المجال للشك أو التفسير أو التأويل في مجال التجريم.

كما حدد القانون الكويتيُ التزامات المؤسسات المالية باعتبارها القنوات التي عادة ما يقوم غاسلو الأموال من خلالها بتمرير معاملاتهم غير المشروعة ، وبما يشمل كافة المؤسسات المالية سواء في القطاع الخاص كالبنوك وشركات الاستثمار ، شركات التأمين ، شركات ومؤسسات الصرافة ، وغيرها ، وكذلك المؤسسات المالية الحكومية. ولقد ألقى القانون المذكور بالعديد من الالتزامات على تلك المؤسسات ، لاسيما الالتزام بعدم الاحتفاظ بحسابات

وهمية أو مرقمة لعملائهم ، الالتزام بالتحقق من هوية العملاء عند إجراء أي معاملات لهم ، الاحتفاظ بالوثائق والمستندات عن المعاملات لمدة معينة. كما فرض القانون الكويتي التزامات هامة على العاملين والموظفين في المؤسسات المالية ، لاسيما ذلك الالتزام الخاص بالإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة تتصل بعلمهم. وفي هذا الخصوص ، نجد أن القانون المذكور قد بسط نطاق الالتزامات لتشمل كافة التعليمات والقرارات التي تصدرها الجهات الرقابية والحكومية بما في ذلك تعليمات بنك الكويت المركزي بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب.

وقد فرض القانون الكويتي عقوبة الغرامة التي لا تجاوز مليون دينار على أية مؤسسة مالية يثبت تقصيرها في القيام بأي من الالتزامات المقررة بموجب ذلك القانون أو تعليمات بنك الكويت المركزي. وهذا جزاء خطير ، ففضلاً عن قسوته المالية ، فإن من شأن ايقاعه على إحدى المؤسسات ، أن تصاب في سمعتها ويهتز مركزها. ومن جهة أخرى ، فقد قرر القانون عقوبات رادعة لموظفي المؤسسات المالية في حالة إخلالهم بالالتزام بعدم الإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة تتصل بعلمهم أو في حالة إخفاء أو تدمير أية مستندات أو وثائق متعلقة بها ، أو في حالة القيام بتحذير العملاء بشأن المعاملات المشبوهة.

وفي خصوص التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ، اقتصر القانون الكويتي على تقرير مبدأ التزام المؤسسات المالية بإجراء التحريات اللازمة لذلك وإبلاغ النيابة العامة بالنتائج ، ودون أن يخوض القانون في تفاصيل وإجراءات التحري والإبلاغ. ثم جاءت تعليمات بنك الكويت المركزي بإرساء قواعد وإجراءات التحري والإبلاغ ، فألزمت البنوك ببذل العناية اللازمة

للتحري عن المعاملات التي يثور الشك في أنها تنطوي على عملية من عمليات غسيل الأموال ، وتعزيز الرقابة الداخلية فيها من خلال سياسة وإجراءات واضحة لاكتشاف تلك المعاملات ، وإعداد تقرير عنها ، وتجنيب الأموال المشبوهة ، وإنشاء وحدة مستقلة في كل بنك أو مؤسسة مالية تختص بالتحقق من مدى إلتزام البنك بأحكام مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب.

والحقيقة إن نظام التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ، وفقاً للقانون الكويتي وتعليمات بنك الكويت المركزي ، يلفه شيء من الغموض ويتسم ببعض القصور ، خاصة فيما يتعلق بكيفية التحري عن المعاملات المشبوهة ومدته التي لا تتجاوز يومي عمل ، وعدم وجود إدارة أو وحدة مركزية للبنوك وللمؤسسات المالية تصب فيها البلاغات عن المعاملات المشبوهة قبل إحالتها للنيابة. وفي هذا الخصوص ، نرى أن القانون اللبناني بشأن تبييض الأموال قد عالج هذه المسألة بطريقة أفضل ، وذلك بإنشاء هيئة مستقلة ذات طابع قضائي لدى مصرف لبنان وتتمتع بالشخصية المعنوية تكون مهمتها التحقيق في عمليات غسيل الأموال والسهر على التقيد بالأصول والإجراءات المنصوص عليها في ذلك القانون ، ويناط بها رفع السرية المصرفية وتجميد الأموال المشبوهة ويكون لها - عن طريق وحدة تابعة لها - جمع كافة المعلومات والاستعلام عن العميل وعن المعاملات المشبوهة.

وعلى أي الأحوال ، فإن فعالية نصوص أي قانون لمكافحة عمليات غسيل الأموال لا تقاس فقط على أساس دقة صياغة النصوص وتفصيل الأحكام، بقدر ما ترتكز أيضاً على حسن التطبيق مع السرعة الواجبة في

التحري والتحقق من مدى سلامة المعاملات ، وإجراءات ضبط المشتبه فيهم .

وفي هذا الخصوص ، فإن التقيد التام بمبدأ أعرف عميلك من شأنه تفعيل دور المؤسسات المالية لمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، لاسيما مع إرساء مبدأ حصانة تلك المؤسسات من المسئوليات المدنية والجنائية والإدارية عند الإبلاغ بحسن نية عن المعاملات المشبوهة .

المراجـــــع

أولاً – باللغة العربية :

١ – **الدكتور إدوارد عيد** ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى – بيروت ١٩٦٧)٠

٢– **إلياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف (منشورات عويدات – بيروت – باريس ١٩٨٣)٠

٣– **الدكتور حسين النوري** ، سر المهنة المصرفية ، في القانون المصري والقانون المقارن (مكتبة عين شمس – القاهرة)٠

٤– **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، (الطبعة الأولى – القاهرة ، ١٩٩٧)٠

٥– **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة (دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية ١٩٩٩)٠

٦– **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس – القاهرة ١٩٩٢)٠

٧– **الدكتور عبدالعظيم مرسي وزير** ، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال – دراسة تحليلية تأصيلية (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨٧)٠

٨– **الدكتور علي جمال الدين عوض** – عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨١)٠

٩- **الدكتور علي القهوجي** ، شرح قانون العقوبات - القسم العام (الكتاب الأول - النظرية العامة للجريمة ، ١٩٩٧)٠

١٠- ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني - حلقة نقاشية عقدتها كلية الحقوق - جامعة الكويت في ١٩٩٨/٥/١٠ ، منشورة في مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الثالث - السنة ٢٢ - سبتمبر ١٩٩٨ ، ص ص ٢٩١ - ٣٨٥.

١١- **الدكتور ماجد عمار** ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٥)٠

١٢- **الدكتور محمد زكي أبو عامر** ، قانون العقوبات - القسم العام (دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٦)٠

١٣- **الدكتور محمود عبدالفضيل ، وجيهان دياب** ، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري (١٩٧٤ - ١٩٨٤) مجلة مصر المعاصرة - العدد ٤٠٠ أبريل (١٩٨٥)٠

١٤- **الدكتور محمود نجيب حسني** ، شرح قانون العقوبات - القسم العام (الطبعة السادسة - دار النهضة العربية ١٩٨٩)٠

١٥- **الدكتور مصطفى كمال طه** ، القانون التجاري (دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، ١٩٨٩)٠

١٦- **الدكتورة هدى حامد قشقوش** ، الجريمة المنظمة : القواعد الموضوعية والإجرائية والتعاون الدولي (دار النهضة العربية ٢٠٠٠)٠

١٧- **الدكتورة هدى حامد قشقوش** ، جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي (القاهرة – دار النهضة العربية ١٩٩٨)٠

ثانياً – باللغة الانجليزية :

1- "An Overview – Impact of the Initiative Against Terrorist Property on Banks and Financial Institutions", Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control pp. 217-232 (Winter 2003).

2- ***Alastir N. Brown***, "Proceeds of Crime: Money Laundering Confiscation and forfeiture (W. Green/ Sweet & Maxwell – Edinburgh 1996).

3- ***Barry A. K. Rider***, "Cyber – Organized Crime – The Impact of Information Technology on Organized Crime", Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 332-345 (June 2000).

4- ***Betty Santangelo & Marc E. Elovitz***, "Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer to Do?" (Practising Law Institute – Corporate Law and Practise Course Handbook Series (April 1998).

5- ***Brian R. Allen***, "The Banking Confidentiality Laws of Luxemborg and the Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe", Volume 28 Texas International Law Journal, pp. 73-117 (Winter 1993).

6- ***Bruce Zagaris***, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters" Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1032-1116 (1999).

7- ***Bruce Zagaris***, "United States Enacts Counter-Terrorism

Act with Significant New International Provisions", Volume 17 International Enforcement Law Reporter p. 522 (December 2002).

8- *Bruce Zagaris and S.B. McDonald*, "Money Laundering, Financial Fraud and Technology" The Perils of Instantaneous Economy" Volume 26 George Washington Journal of International and Economic Law, pp. 61-63 (1992).

9- *Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla*, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti-Money Laundering Policy", Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871 – 965.

10- *Betra Esperanza Hernandez*, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations, pp. 235-304 (Winter 1993).

11- *Cadmen, Joanne Greig*, "Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV$^{\underline{th}}$ International Congress of Comparative Law: Boston, Kluwer International (1996), Volume 8 Criminal Law Forum, pp. 485-492 (1997).

12- *Cees D. Schaap*, "Fighting Money Laundering: with Comments of the Legislation of the Netherlands Antilles and Aruba (Kluwer Law International 1998).

13- Comment – "Responding to Terrorism Crime, Punishment and War" Volume 115 Harvard Law Review 217 (2002).

14- *Dayanath Jayasuria*, "Money Laundering and Terrorism Financing: The Role of Capital Market Regulators" Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime pp. 30-36 (July 2002).

15- ***Donats Masciandaro***, "The Illegal Sector, Money Laundering and the Legal Economy: A Macroeconomic Analyis" Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime pp. 103-112 (November 2000).

16- ***Duncan E. Alford***, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions", Volume 60 Fordham Law Review, pp. S 467-S500 (May 1992).

17- ***Duncan E. Alford***, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions" Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulations, pp. 437-468 (Summer 1994).

18- ***Ethan A. Nadelan***, "Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S. Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions, Volume 18 University of Miami Inter-American Law Review, pp. 33-81 (Fall 1986).

19- ***Ethan Pretson***, "The USA PATRIOT Act: New Adventures in American Extra-territoriality" Volume 10 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 104-116 (October 2002).

20- ***Fath El-Rahman El-Sheikh***, "Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Prespective", Volume 14 Dickinson Journal of International Law, pp. 577-593 (Spring 1996).

21- ***Fletcher N. Baldwin, Jr***. "Money Laundering Counter-

measures with Primary Focus upon Terrorism and the USA PATRIOT Act 2001", Volume 6 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 105-136 (2002).

22- ***Frank O. Browman***, "The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: An Analysis and Legislative History" Volume 35 Indiana Law Review pp. 5-101 (2001).

23- ***Gorson Hutchins***, "The Electronic Dimension to Money Laundering – The Investigator's Perspective" Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control pp. 232-235 (Winter 2000).

24- Guide to the Prevention of Money Laundering (International Chamber of Commerce Crime Bureau – 1998).

25- ***Hans – Peter Bauer and Martin Peter***, "Global Standards for Money Laundering Prevention" Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime pp. 69-72 (July 2002).

26- ***Jackie Johnson***, "Blacklisting: Initial Reactions, Responses and Repercussions" Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 221-225 (Winter 2001).

27- ***Jackie Johnson***, "11th September, 2001: Will it Make a Difference to the Global Anti-Money Laundering Movement?" Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 9 - 16 (Summer 2002).

28- ***Jackie Johnson and Y.C. Desmond Lim***, "Money Laundering: Has the Financial Action Task Force Made a Difference?" Volume 10 No. 1 Journal of Financial

Crime, pp. 6 – 22 (July 2002).

29- *Joan Wadsley*, "Banks in a Bind: The Impact of Money Laundering Legislation", Volume 16 No. 5 Journal of International Banking Law p. 125 (July 2001).

30- *John Mils*, "Internet Casinos: A Sure Bet For Money Laundering" Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 365 – 383 (June 2001).

31- *John Rhodes*, "The Impact of UK Money-Laundering Legislation on Fiscal Crime" Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 117 – 122 (November 2000).

32- *Kern Alexander*, "The International Anti-Money Laundering Regime: The Role of the Financial Action Task Force" Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 231 – 248 (Winter 2001).

33- *Kern Alexander*, "International Legal Developments: Critical Review of Terrorist – Related Legislation and the Monitoring of New Legislation" Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 201 – 216 (Winter 2003).

34- *Kevin E. Davis*, "Legislation Against the Financing of Terrorism: Pitfalls and Prospects" Volume 10 No. 3 Journal of Financial Crime, pp. 269 – 274 (January 2003).

35- *Kimberly Anne Summe*, "The Battle Against Money Laundering: An Examination of U.S. Law, International Cooperative Efforts and Corporate Governance Issues", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 236 – 244 (Winter 2000).

36- *Kir Hinterseer*, "The Wolfsberg Anti-Money

Laundering Principles", Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 27 – 41 (2001).

37- *Lee R. Sneddon*, "The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS / CHAPS/ FEDWIRE and the Regulations on Capital Adequacy and Money Laundering" pp. 9 – 24 (Funds Transfers in International Banking – editor: Charles Del Busto, 1992).

38- *Louis de Koker*, "Money Laundering: Trends in South Africa", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp 27 – 41 (Summer 2002).

39- *Michael Blair*, "Money Laundering Control in the Financial Regulation Context", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102 – 103 (Autumn 1999).

40- *Michael Levi*, "New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223 – 232 (Winter 2000).

41- *Mohamed I. Fheili*, "Lebanon: The Fight Against Money Laundering", Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 283 – 299 (Winter 2001).

42- Money Laundering Convention (14 Feb. 1988).

من منشورات معهد الدراسات المصرفية – الكويت (١٩٨٨)٠

43- *Pedro R. David*, Mercosur, "Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63 – 65 (Summer 1999).

44- *Peter Johnstone & Mark Jones*, "The Facilitation of Money Laundering Through Westren Europe and the United States by Russian Organized Crime Groups" Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119 – 203 (Winter 2000).

45- *R. E. Bell*, "Discretion and Decision Making in Money Laundering Prosecutions" Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 42 – 51 (Summer 2001).

46- *R. E. Bell*, "Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organized Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering "Control, pp. 104 – 112 (Autumn 1999).

47- *Richard Parlour*, "International Guide to Money Laundering Law and Practice (Butterworths – London 1995).

48- *Ricardo M. Alba*, "Fraud Control in Offshore Banking Centers" Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245 – 249 (Winter 2000).

49- *Robert Wardie*, "Money Laundering: A Prosecuter's Perspective", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 125 – 127 (Autumn 1999).

50- *Rosalind Wright*, "Keynote Address to the International Cambridge Symposium on Economic Crime", Volume 7 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 304 – 307 (April 2000).

51- *Scott Sultzer*, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it" Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 – 237 (Fall 1995).

52- ***Sideek Mohamed***, "Legal Instruments to Combat Money Laundering in the EU Financial Market", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 66 – 79 (Summer 2002).

53- ***Simon Gleeson***, "The Involuntary Launderer: The Banker's Liability for Deposits of the Proceeds of Crime" published in "Laundiring and Tracing – Peter Birks – editor – Clarendon Press, Oxford 1995) pp. 115 – 133.

54- ***S. J. Hughes***, "Policing Money Laundering Through Fund Transfer: A Critique of Regulation under the Bank Secrecy Act", Volume 67 Indiana Law Journal, pp. 283 – 291.

55- ***Steven Philippsohn***, "The Dangers of New Technology – Laundering on the Internet" Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 87 – 95 (2001).

56- ***Toby Graham***, "What's Behind the Wolfsberg Principles?" Volume 4 No. 4 Journal of Money Laundering Control, pp. 348 – 349 (Spring 2001).

57- ***W. C. Gilmore***, "International Efforts to Combat Money Laundering" (London 1992).

58- ***William Baity***, "Banking on Secrecy – The Price for Unfettered Secrecy and Confidentiality in the Face of International Organized and Economic Crime", Volume 8 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 83 – 86 (August 2000).

59- ***William F. Bruton***, "Money Laundering: Is It Now a Corporate Problem?" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9 – 10 (Summer 1999).

فهــــرس

الصفحة

مقدمة ٢٧٣

١- التعريف بغسيل الأموال ٢٧٣

٢- مكافحة غسيل الأموال على المستويين الدولي والوطني ٢٧٩

(أ) على المستوى الدولي: ٢٧٩

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨ ، والمعروفة باسم "اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨" ٢٧٩

(٢) توصيات بازل لعام ١٩٨٨ .... ٢٨١

(٣) توصيات مجموعة السبعة G7 .... ٢٨٢

(٤) مباديء ولفزبرج Wolfsberg ٢٨٤

(٥) قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ الصادر في ٢٠٠١/٩/٢٨ ٢٨٥

(ب) على المستوى الوطني ٢٨٧

(ج) جهود دولة الكويت في مكافحة غسيل الأموال ٢٩٤

تقسيم ٢٩٦

المبحث الأول : جرائم غسيل الأموال والعقاب عليها ٢٩٨

تمهيد وتقسيم : ٢٩٨

المطلب الأول : جرائم غسيل الأموال ٢٩٩

أولاً - تعريف عمليات غسيل الأموال ٢٩٩

ثانياً - جرائم غسيل الأموال ٣٠٤

أ – السلوك المادي للجريمة ٣٠٤

ب – الركن المعنوي ٣١٨

المطلب الثاني : العقوبات ٣٢١

أولاً – عقوبة جرائم غسيل الأموال ٣٢١

أ – الحبس ٣٢١

ب – الغرامة ٣٢٢

ج – المصادرة ٣٢٣

د – المنع من التصرف ٣٢٥

ثانياً – الأحكام الخاصة ٣٢٨

(أ) الأحكام الاستثنائية ٣٢٨

١– عدم سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة ٣٢٨

٢– عدم سقوط العقوبة بمضي المدة ٣٢٩

٣– عدم تطبيق أحكام الامتناع عن النطق بالعقاب ٣٣٠

٤– عدم تطبيق قاعدة وقف التنفيذ في جرائم غسيل الأموال ٣٣١

(ب) أحكام التعاون الدولي ٣٣١

ثالثاً – الإعفاء من العقاب ٣٣٣

المبحث الثاني: التزامات البنوك والمؤسسات المالية والجزاءات ٣٣٥

تمهيد وتقسيم : ٣٣٥

المطلب الأول : التزامات البنوك والمؤسسات المالية الكويتية ... ٣٣٦

– نطاق الالتزامات من حيث الأشخاص والموضوع ٣٣٦

أولاً – عدم الاحتفاظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات .. ٣٣٧

ثانيا - الالتزام بمبدأ "اعرف عميلك" ٣٤٢
(أ) التحقق من هوية العميل ٣٤٤
١- العميل الشخص الطبيعي ٣٤٤
٢- العميل الشخص الاعتباري ٣٤٥
٣- العملاء العابرون ٣٤٦
٤- تحديد المستفيد من الحساب وسلطته في تشغيله ... ٣٤٧
(ب) مخالفة العميل قواعد التحقق من الهوية أو تحديد
المستفيد الحقيقي من الحساب / الحسابات ٣٥٠
ثالثاً - التقيد بالمتطلبات النظامية ٣٥١
(أ) الاحتفاظ بالوثائق والمستندات والأوراق ٣٥١
(ب) بيان المعاملات النقدية ٣٥٢
رابعاً - واجب التحري عن موظفي البنك وتوعيتهم ومساءلتهم ٣٥٣
(أ) التحري عن الموظفين ٣٥٣
(ب) توعية الموظفين ٣٥٤
(ج) مساءلة الموظفين وعقابهم ٣٥٤
خامساً - تعزيز نظام الرقابة الداخلية بالبنك ٣٥٥
سادساً - الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ٣٥٧
المطلب الثاني الجزاءات في القانون الكويتي ٣٥٨
أولا الجزاء العام ٣٥٨
ثانيا الجزاء الخاص ٣٦٠
(أ) عدم الإبلاغ عن المعاملة المالية المشبوهة ٣٦١

(ب) إفشاء معلومات تتعلق بإحدى جرائم غسيل الأموال .. ٣٦٢
(ج) إتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بإحدى
جرائم غسيل الأموال ٣٦٣
ثالثاً – أحكام خاصة بشركات الأشخاص ٣٦٥
المطلب الثالث : الالتزامات والجزاءات في القوانين الأخرى ٣٦٨
أولاً – القانون المصري ٣٦٨
١– التزامات المؤسسات المالية ٣٦٨
٢– الجزاءات ٣٧٠
ثانياً – القانون اللبناني ٣٧٠
١– التزامات المؤسسات المالية ٣٧٠
٢– الجزاءات ٣٧٢
ثالثاً – القانون الإماراتي ٣٧٣
١– التزامات المؤسسات المالية ٣٧٣
٢– الجزاءات ٣٧٣
المبحث الثالث: أنماط المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال
والتحري والإبلاغ عنها ٣٧٤
تمهيد وتقسيم : ٣٧٤
المطلب الأول : أنماط من المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال ٣٧٦
أولاً – غسيل الأموال باستخدام معاملات نقدية ٣٧٦
ثانياً – غسيل الأموال باستخدام حسابات مصرفية ٣٨٣

ثالثاً – غسيل الأموال باستخدام معاملات مالية لها صلة بأنشطة استثمارية ٣٧٨
رابعاً – غسيل الأموال عن طريق أنشطة دولية خارج نطاق الدولة ٣٨٩
خامساً – غسيل الأموال الذي ينطوي على اشتراك أو تورط موظفين ووكلاء لمؤسسات مالية ٣٩٠
سادساً – غسيل الأموال عن طريق معاملات التمويل المضمونة وغير المضمونة................. ٣٩٤
سابعاً – غسيل الأموال باستخدام وسائل الدفع الالكترونية .. ٣٩٤
المطلب الثاني: التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ... ٣٩٧
أولاً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الكويتي ٣٩٧
ثانياً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون المصري ٤٠١
ثالثاً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الإماراتي ٤٠٤
رابعاً – التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون اللبناني ٤٠٦
خاتمة ٤١٣
المراجع ٤١٨
الفهرس ٤٢٩

18- Neil J Wilkof. Trade Mark Licensing (Sweet & Maxwell 1995).

19- A. Samuel Oddi, "TRIPs Natural Rights and a (Polite Form of Economic Imperialism)" Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996).

20- Opphenheim & Weston, Unfair Trade Practices and Consumer Protection (West Publishing Co. 1974).

21- Paul J. Heald, "Trade mark and Geographical Indications:Exploring the Contours of the TRIPs Agreement", Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 635-660

22- R. Michael Gadbaw, "Intellectual Property and International Trade: Merger or Marriage of Convenience?" Volume 22 No. 2 (1989) pp. 223- 242.

23- Robert A. Choate & William H. Francais, Patent law (West Publishing Co., 1981).

24- Robert Kastenmeir & David Beir, "International Trade and Intellectual Property: David Beir, "International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks and Reality", Volume 22 No. 2 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1989) pp. 285-307

25- Roger M. Milgrim, Trade Secrets (Mathew Bender) New York (1981) part II.

26- Ruth L. Gana, "Prospects for Developing Countries under the TRIPs Agreement", Volume No. 4 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 735-775

27- The TRIPs Agreement and Developing Countries (United Nations Publications, 1996).

10- Harold C Wagner, "TRIPs Boomerang-Obligations for Domestic Reform". Volume 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 535-558.

11- J. H. Reichman, "Universal Minimum Standards, oı Intellectual Property Protection Under the TRIPs Component of the WTO Agreement", The International Lawyer, Volume 29 No. 2 (Summer 1995) pp. 345-388.

12- Julio Lacarte and Petina Gappah, Developing Countries and the WTO, Legal and "Dispute Settlement System: A View from the Bench, Volume 3 No. 3 Journal of International Economic Law pp. 560-401 (2000).

13- Julio Nogues, "Patent and Pharmaceutical Drugs: Understanding the Presures on Developing Countries", Volume 24 No. 6 Journal of World Trade Law (December 1990) pp. 81-104.

14- L. Peter Farkas, Trade Related Aspects of Intellectual Property. What Problems with Transition Rules? What Changes to U.S. Law? How has Congress Salvaged Sec, 337: The World Trade Organization Multilateral Trade Framework From 21st Century and U.S. Implementing Legislation" by Terence P. Stewart, editor (1996) pp. 463-521.

15- Mark L. Danschroder, "Intellectual Property Rights and the GATT: United States Goals in the Uruguay Round", Volume 21 No. 1 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1988) pp. 367-400.

16- Martin J. Adelman & Sonia Baldia Prospects and limits of the Patent Provision in the TRIPs Agreement: The Case of India, Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 507-533

17- Monique L. Corday, "GATT v. WIPO", 16 Journal of Patent & Trademark Office Society (1994).

References

1- Adrian Otten & Hannu Wager, "Compliance with TRIPs: The Emerging World View", Volume 29 No. 3, Vanderbilt Journal of Transnational Law (May, 1996) pp. 391-413.

2- Amede Turner, The Law of Trade Secrets (Sweet & Maxwell London 1962).

3- Arthur Kuflik, "Moral Foundations of Intellectual Property Rights" (in Owing Scientific and Technical Information, editors: Vivian Weif & John W. Snapper, editors, 1989).

4- Arvind Subramanian and Jayashnee Watal, Can TRIPs Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? Volume 3 No. 3 Journal of International Economic Law, pp. 403-416 (2000).

5- Bernard Hockman, "Services and Intellectual Property Rights, in the New GATT, Implications for the United States" (Susan M. Collins & Barry Bushworh, editors 1994).

6- Carlos Brager, "The Economics of Intellectual Property Rights and The GATT: A View from the South", Volume 22 No. 2 (1989) pp. 243-264.

7- Donald F. Turner, "The Patent System and Competitive Policy"., Volume 44 New York University Law Review 450 (1969).

8- Douglas F. Greer, "The Case Against Patent Systems in Less-Developed Countries", Volume 8 Journal of International Law & Economics (1973).

9- Eric H. Smith, "World Wide Copyright Protection under the TRIPs Agreement", Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 559-578.

inventions, that would be adequate to fund the patent granting agency in the country. The proposed fee may be employed in establishing and developing a technological base [(11)].

It has been also suggested that developing countries should make use of few provisions in the TRIPs Agreement which could be of vital importance to them. One of these provisions is article 29 which mandates that member countries should require applicants for a patent to "disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art and may require the applicant to indicate the best mode for carrying out the invention". Developing countries should impose on patentees an obligation of complete disclosure which will enable the making of the invention in that country. It is also suggested that developing countries should require that the patent applicant should disclose the (best) mode for the making of his invention in that developing country [(12)].

Last but not least, it is recommended that developing countries shall grant or continue to grant utility patents for small inventions in specific fields. Utility patents fit the needs of developing countries as they enable inventors, usually local inventors, to obtain patents based on other basic patentable inventions. TRIPs itself does not expressly prohibit the practice of utility patents. Therefore, and until the matter is resolved, developing countries may continue to grant this type of patents.

---

(11) *A. Samuel Oddi, TRIPS Natural Rights and a "Polite From of Economic Imperialism" Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 415-470 (1996) at pp. 461-463.*

(12) *Ibid. at pp. 463-466.*

It appears, therefore, that the TRIPs Agreement eliminates the possibility that lack of local working of a patent is a sufficient ground for obtaining a compulsory license. That is because importation satisfies the patent working requirement. Thus, developing countries shall fail to obtain compulsory licenses if foreign patentees sufficiently provide the local markets with the patented products. Nevertheless, developing countries may increase the pressure on foreign patentees to negotiate compulsory licenses if reasonable terms are proposed.

III- Strategies for Developing Countries:

The value of implementing the patent TRIPs in developing countries is controversial. Developing countries shall face hardships because of their growing dependence of foreign patents. This fact is based on the grounds that the TRIPs Agreement has emphasized and expanded patent protection without assuring the enhancement of solid technological base in developing countries.

In order to cope with the expected consequences following the implementation of the TRIPs Agreement, developing countries should develop strategies to avail themselves of some benefits. In particular, they should take full advantage of the grace periods given under the said Agreement in order to introduce regulatory as well as technical improvements to their patent systems. Taking into account that the TRIPs Agreement does not require retroactive protection for patents, and that it does not give rise to obligations in respects of acts which occurred before the date of application of the Agreement for the member state in question, many devloping countries may continue the use of thousands of pharmaceutical products in consumption in the local markets.

Another suggestion is proposed by an eminent writer according to which there would be a fee for patent acquisition and maintenance, especially in pharmaceutical and semiconductor

licenses have very limited application. They are allowed in few cases. Article 31 of the TRIPs Agreement permits compulsory license if the patentee refuses to authorize the use of the invention on reasonable commercial terms. In other words, a compulsory license shall be allowed only when negotiating a license on fair commercial terms is failed. A compulsory license is not granted if a developing country attempts to exploit the invention without giving the inventor an adequate compensation which is measured by reasonable commercial terms. Conversely, a compulsory license is obtained failing such negotiations with the patentee. provided that an equitable compensation is paid. This requirement may be waived in case of national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use [(10)]

In any case, the licensee, obtaining a compulsory license, should not exploit the invention on commercial basis to reap economic benefits. For example, the licensee is not authorized to export products manufactured under compulsory license, nor he is allowed to exclude a foreign patentee from subsequently working the patent locally in direct competition with the licensee.

In principle, the use of inventions under compulsory license is not exclusive, and such use is authorized mainly for the supply of the domestic market of the country authorizing such use. The only exception to the compulsory license available under article 31 of the TRIPs is for patented semi-conductor technology which "shall only be for public non-commercial use or to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive".

---

(10) *Ibid.; also see Bernard Hoeckman, Services and Intellectual Property, supra note 6 at pp. 102-103.*

In the laws of many developing countries, the patent term is relatively short. A short term is advantageous because it allows developing countries, upon the expiration of patents, to make use of inventions that might still have viable technological value. Under the TRIPs Agreement, developing countries are deprived of this advantage. Taking into consideration the complexity of inventions and the fast development of technology, the requirement of twenty years for patents shall render many inventions as obsolete after the expiration of that term, and hence deprive developing countries of an advantage that they enjoyed before TRIPs.

In any case, developing countries are under an obligation to amend their national laws to conform with the newly stipulated patent term.

3- Compulsory License:

Generally, the doctrine of compulsory license is applied if the patentee abuses his exclusive rights conferred by the patent system. Normally, a compulsory license is granted if the patentee refuses to work his patent locally or abstains from granting licenses to others on reasonable grounds and thereby hinders industrial development and the national welfare. Another form of abuse occurs when the patentee refuses to supply the national market with sufficient quantities of the patented invention, or demands unreasonable prices for such inventions (9)

According to the TRIPs Agreement, foreign patentees are not obliged to work their patents locally. In addition, compulsory

---

(9) *J. H. Reichman, Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement, Volume 29 No. 2 The International Lawyer pp. 345-388 (1995) at pp. 355-357.*

process patents only. Process patents are directed at protecting the means or the method of obtaining an end result. The majority of developing countries are reluctant to grant product patents for pharmaceuticals [7]. This is because product patents refer to the chemical structure defining a chemical compound, or composition which is the product consumed by consumers. Conversely, multinational companies prefer product patents for pharmaceuticals because they confer protection regardless of the method employed to produce the compound. Multinational companies shall gain huge profits because of product patents in the field of pharmaceuticals.

Thus, developing countries should, under their TRIPs commitments, grant product patents for pharmaceuticals. It is admitted that TRIPs has conferred grace periods for those countries in order to make arrangements to fulfill their obligations to grant product patents for drugs, nevertheless, the adverse effects shall be severe. The most serious impact shall be the unavoidable increase of pharmaceutical prices for local consumers.

2- Term of a patent:

Under the pressure of multinational companies, the industrialized nations have advocated a long patent term which shall prolong the patent monopoly for inventors. According to the TRIPs Agreement, a universal patent term of twenty years from the date of filling for a patent shall be applied to all kinds of inventions regardless of their patentable subject matter [8].

---

(7) *Julio Nogues, Patents and Pharmaceutical Drugs: Understanding the Pressures on Developing Countries, Volume 24 No. 6 Journal of World Trade, pp. 81-104 (1990); M. Adelman & Sonia Baldia, Prospects and Limits of the Patent Provision in the TRIPS Agreement: The Case of India, Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 507-533 (1996).*

(8) *Peter Farakas, Trade Related Aspects...., Supra note 3 at p. 488.*

The grant of patents only to inventions of authentic inventive step is considered an advantage to multinational corporations because they possess the enormous investments and scientific capabilities which enable them to develop, create, and execute this type of inventions. Conversely, developing countries are banned from granting patents to small inventions of relative novelty, or to improvement inventions which do not satisfy the requirement of the inventive step. Consequently, it is expected that the majority of patents worldwide shall be granted and owned by inventors in the industrialized nations.

Moreover. the TRIPs Agreement provides protection for almost all kinds of inventions. An invention which satisfies the inventive step criteria shall be patented. There is a room, however, for few exceptions. The invention shall not be protected by a patent if commercial exploitation of a patent is prohibited for reasons of public order or morality, or the protection of human animal or plant life or health, or the avoidance of serious prejudice to the environment. Diagnostic therapeutic; surgical methods, animals other than micro-organisms, plants, and essentially biological processes for the production of animals or plants may also be excluded from patentability (6).

The enlargement of the scope of the patentable subject matter under the TRIPs Agreement shall have a direct impact in the field pharmaceutical industries which are of very vital importance to developing countries. Before TRIPs, many developing countries, like India, did not grant any patent protection to medicine and drugs. In other developing countries, pharmaceuticals are granted limited protection. For example, the egyptian patent law of 1949 protects pharmaceuticals through

---

(6) *Bernard Hoekman, Services and Intellectual Property Rights, in The New GATT, Implications for the United States (Susan M. Collins & Barry Busworth- editors- 1994- The Brooking Institutions) at pp. 101-102.*

respect to patentable subject matter, term of a patent and, compulsory licensing.

1- Patentable Subject Matter:

Article 27/1 of the TRIPs Agreement provides that "subject to the provisions of paragraph 2 and 3, patents shall be availabl for any inventions, whether products or process, in all fields o technology, provided that they are new, involve an inventive ste and are capable of industrial application. Subject to paragraph 4 o Article 65, paragraph 3 of this Article, patents shall be availabl and patent rights enjoyable without discrimination as to the plac of invention, the field of technology and whether products ar imported or locally produced".

According to this provision all member states to the TRIP Agreement shall not exclude any field of technology fro patentability, except as provided by the TRIPs Agreement itself In addition, patents shall be available without discrimination as t the place of invention and as to whether patented products ar imported or produced in the local market.

Furthermore, this provision requires as condition preceden for patentability that the invention must contain an inventive step In other words, the invention which is eligible for patent protectio must be of an authentic and obsolute novelty. Inventions whic are published or known anywhere in the world shall not be grante patents under TRIPs because of lack of novelty. The requiremen of absolute novelty coupled with the requirement of inventive ste shall deprive developing countries of an advantage they enjoye before the application of TRIPs. In the laws of many developin countries, it was possible to grant patents for inventions of relativ novelty, e.g. those inventions published or known abroad but no published or known locally.

provides that any country availing itself a transitional period under paragraphs 1, 2, 3 or 4 has an obligation to ensure that any changes in its laws, regulations and practice made during that period do not result in a lesser degree of consistency with the provisions of the TRIPs Agreement This is discribed by some authors as "a standstill clause" because intellectual property protection may not get worse [(4)]

In recognition of the special needs and the intractable problems facing the least-developing countries to create a technological base. article 66/1 provides that such members shall not be required to apply the provisions of the TRIPs Agreement. except those relating to national treatment, most favored treatment. and multilateral agreements on acquisition or maintenance of protection, for a period of ten years from the date of application as defined under paragraph 1 of Article 65. This period may be extended upon a request by a least-developing country provided that the Council for TRIPs accord that extension. No ceiling or limits have been imposed on additional extensions. The standstill clause is not mandatory in the case of least-developed countries during the mentioned transitional period [(5)].

II- Concerns for Developing Countries:

Despite the fact that few concessions, in the form of transitional periods, have been surrendered to developing countries in an attempt to tempt and encourage them to join the TRIPs Agreement, there are still obvious concerns on the part of those countries to implement the TRIPs rules. The major concerns for developing countries may be explored in the TRIPs Agreement in

---

(4) *Ibid. at p. 467.*

(5) *Ibid.*

country will cost developed countries billions of dollars because of the infringement of their IPRs.

According to the TRIPs Agreement, developing countries have been permitted to delay the assumption of their obligations for a period of five years commencing from the date World Trade Organization (WTO) Agreement entered into force on January 1, 1995. Article 65/3 of the TRIPs Agreement provides for the application of the same grace period to those member states in the process of transformation from a centrally-planned into a market, free enterprise economy and which are undertaking structural reform of their intellectual property system and facing special problems in the preparation, and implementation of intellectual property laws and regulations. This grace period expired on January 1, 2000.

Furthermore, Article 65/4 of the TRIPs Agreement provides that developing member countries may elect to delay the application of the provision on product patents of TRIPs part II, section 5, for an additional period of five years where product patent protection in areas of technology is not possible in their territory at the time they became obligated under the TRIPs Agreement. Pharmaceuticals and agricultural products are subject to this exception. Economics in transformation from a centrally-planned into a market free enterprise are not mentioned in Article 65/4. It is, therefore assumed this exception shall not be applied to this last group of countries.

During this additional grace period, starting from January 1, 2000 until January 1, 2006, developing countries should provide means by which patent applications may be filed (mail-box) Applications will be treated as if they had been filed on the actual date of filling, not the first day of complete transition period Moreover, article 70/9 provides for exclusive marketing rights in the developing country utilizing this exception. Article 65/5

These conflicting interests were at stake during the Uruguay Round. Developed countries, such as the United States of America, preferred not recourse to political threat or trade sanctions in order to change the attitude of developing countries on IPRs issues. Actually, the Uruguay Round was a unique occasion to eliminate a possible confrontation which was apt to arise between the oppossing parties: developed nations v. developing countries. The TRIPs was concluded to bridge the gap between the two different views on IPRs issues.

A middle solution was reached, according to which members of the Uruguay Round have consented to establish transitional periods for developing countries to facilitate their enactment of IPRs legislations. Conversely, after the lapse of these transitional periods, developing countries should comply with the rules and procedures in the TRIPs Agreement. The non-complying member country shall be subject to the deterrent mandatory sanctions imposed by the TRIPs Agreement itself. In sum, the transitional periods were the basic concessions made by the developed countries in concluding the TRIPs Agreement which would not have been successfully negotiated if those periods were not secured [(3)].

Many writers from developed countries argue, however, that these transitional periods are too long, and their implementation will result to huge loss to IPRs owners. Each year the application of the TRIPs Agreement is delayed in a developing

---

=& *David Beier, International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality, Volume 22 No. 2 Vanderbilt Journal of Transnational Law pp. 285-307 (1989) at pp. 301-303.*

(3) *See: L. Peter Farakas, Trade-Related Aspects of Intellectual Property, in the World Trade Organization "Multilateral Trade Framework for the 21st Century and U.S. Implementing Legislation" by Terence P. Stewart (editor) American Bar Association (1996) at pp. 465-466.*

I- The TRIPs Challenge to Developing Countries:

Intellectual property such as computer software, medical products, pharmaceutical drugs, Know-How.... etc. are subject to high risks due to global piracy and infringement. The unchecked continuation of this situation, needless to say, undermines Intellectual Property Rights (IPRs) owners of large volume of expenditures on scientific research, in addition to their effort and invaluable time (1).

A significant challenge of the Uruguay Round of 1994 has been to secure protection for IPRs by the member states. This goal was accomplished through the adoption and implementation of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). However, this goal was not easy to achieve. Arguments have been submitted as to why this goal shall serve the interests of all member states to the Uruguay Round. Intellectual property proponents in the developed world have asserted the economic benefits of enhanced IPRs protection, and that a strong system for protection of IPRs will certainly help the flow of technology from the industrialized nations to developing countries. These assertions, however, have not been accepted by many developing countries which assume that a global IPRs protection shall secure the control of IPRs entrepreneurs in the industrialized world. In their view, IPRs protection is nothing but an extension of the monopolistic prerogatives of the multi-national companies. For example, the protection of patented pharmaceutical products shall result in high drug prices (2).

---

(1) *See for example, Mark Damschroder, Intellectual Property Rights and the GATT: United States Goals in the Uruguay Round, volume 21 Vanderbilt Journal of International Law No. 2 pp. 367-400 (1988) at pp. 368-369.*

(2) *Review: Theresa B. Lewis, Patent Protection for the Pharmaceutical Industry: A Survey of the Patent Laws of Various Countries, Volume 30 No. 4 The International Lawyer pp. 835-365 (1996) at pp. 835-837; Robert W. Kastnmeier=*

Recent Developments and Challenges in the Protection of Intellectual Property Rights under the TRIPs Agreement: Concerns and Strategies for Developing Countries

Paper presented at the
International Conference on
Intellectual Property, the Internet,
Electronic Commerce and
Traditional knowledge
Sofia - Bulgaria, May 29 to 31, 2001

Dr. Galal W. Mohamedien
Professor of Commercial Law
Alexandria University – Egypt



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE